

EL ESTÁNDAR DE PRUEBA DE CONOCIMIENTO MÁS ALLÁ DE DUDA RAZONABLE

ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN 36.357 (26-10-2011) DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA*

*Ramiro Alonso Marín Vásquez***

Resumen: Este trabajo pretende mostrar que el “conocimiento más allá de duda razonable”, como estándar de prueba para adoptar una sentencia condenatoria, no es una mera expresión grandilocuente o una moda del legislador (arts. 7.º y 381 Ley 906 de 2004), sino una exigencia legal verificable y controlable, siempre y cuando los jueces y actores del sistema continúen sus estudios de profundización sobre cuestiones de lógica, epistemología y semiótica. Dicho requerimiento, en la práctica, se traduce en el entendimiento de dos limitacio-

* Trabajo presentado por RAMIRO MARÍN VÁSQUEZ en desarrollo del Máster en Argumentación Jurídica, aprobado en la Universidad de Alicante, España, septiembre de 2014.

** Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín, Curso de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (Bogotá, Colombia). E-mail: rmarinvasquez@yahoo.com. Fecha de recepción: 6 de noviembre de 2014. Fecha de modificación: 16 de diciembre de 2014. Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2014. Para citar el artículo: RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ. “El estándar de prueba de conocimiento más allá de duda razonable. Análisis y evaluación de la sentencia de casación 36.357 (26-10-2011) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia”. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 35, n.º 99, julio-diciembre de 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 113-138. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v35n99.05>

nes: i) el proceso penal como reconstrucción de una verdad probable y no de una certeza, y ii) que la presunción de inocencia es un requisito de contenido normativo y no un mero estado psicológico del juez.

Palabras clave: Presunción de inocencia, duda razonable, carga de la prueba, contexto de descubrimiento, contexto de justificación, prejuicios, falacias, abducción, inducción y deducción.

THE STANDARD OF PROOF BEYOND REASONABLE DOUBT Review and Analysis of Colombia's Supreme Court Decision of October 26, 2011

Abstract: This paper aims to show that the standard of “proof beyond reasonable doubt” to render a guilty verdict, is not a mere bombastic expression or a whim of the legislator (Articles 7 and 381 of Law 906 of 2004), but a legal requirement that can be demonstrate and controllable, as long as the Judges and the actors in the judicial system continue deepening in their studies on issues related to logic, epistemology and semiotics. This requirement, in practice, results in the understanding of two limitations: i) The criminal proceeding as a reconstruction of a probable truth and not a certainty, and ii) that the presumption of innocence is a law requirement and not a mere psychological state of mind of the judge.

Keywords: Presumption of innocence, reasonable doubt, burden of proof, context of discovery, context of rationale, prejudice, fallacies, abduction, induction and inference.

1. INTRODUCCIÓN

Se trata de una sentencia que significa un gran avance de la jurisprudencia colombiana en materia de argumentación de la prueba, a tono con las herramientas conceptuales que suministran la lógica, la epistemología contemporánea y la semiótica, razón por la cual extraña su escasa difusión en los medios judiciales y académicos del país. La sentencia se compromete a derechas con la explicación y aplicación del nuevo modelo epistemológico trazado en la Ley 906 de 2004 (actual Código de Procedimiento Penal), y de una vez nos advierte de las consecuencias de pasar del viejo paradigma de la posibilidad, la probabilidad, la duda y la certeza –como estados de la mente del juez frente a la verdad– al de la epistemología jurídica moderna basado en estándares de prueba verificables y más controlables como los de la inferencia razonable, la probabilidad de verdad y el conocimiento más allá de duda razonable.

2. TEMAS RELACIONADOS

Así pues, por respeto a lo valioso que en la sentencia se ha construido en materia de argumentación de hechos, sobre todo lo atinente a la abstracción y explicación del modelo teórico-objetivo de búsqueda y presentación de la verdad en el proceso penal

acusatorio colombiano –sin perjuicio de las críticas o discrepancias inevitables en algunos momentos, las que presento simplemente como “observaciones”–, he decidido para este trabajo una metodología del mayor acercamiento al llamativo producto judicial –más que de un jactancioso distanciamiento académico–, de identificación conceptual, de reconocimiento a una actitud de cambio en el paradigma, de manera que es posible interpretar las leyes a partir de prácticas jurídicas o judiciales efectivas y, en fin, de una invitación a profundizar sobre temas tratados o sugeridos en la sentencia tales como: i) La presunción de inocencia y la carga de la prueba; ii) La probabilidad inductiva y no la certeza como logro de la actividad y la valoración probatorias; iii) El contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales; iv) La regla de experiencia y perjuicio; v) La argumentación y las falacias; y vi) Los falsos positivos y los falsos negativos en las pruebas científicas.

3. PRESENTACIÓN DEL CASO DEBATIDO EN LA SENTENCIA

3.1. La Fiscalía General de la Nación acusó al sacerdote N. J. V. como responsable de la conducta punible de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado*, de conformidad con lo establecido en los artículos 208 y 211 numeral 2 (por el “carácter, posición o cargo que le dé [al responsable] particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”) de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal colombiano, con la reforma que al tipo básico introdujo el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008.

3.2. Agotado el juicio oral, el Juez Veintiséis Penal de Circuito de conocimiento de la ciudad de Medellín condena al acusado a la pena principal de 12 años de prisión, como autor del referido delito (aunque sin la agravante indicada en la acusación y sin ofrecer justificación alguna sobre tal supresión).

3.3. Apelada la sentencia condenatoria por la defensa, una de las salas de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín¹ la revocó y, en su lugar, profirió otra de sentido contrario que entonces absuelve al procesado de los cargos atribuidos por la Fiscalía, como resultado de la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

3.4. La parte fiscal interpuso entonces el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia, con el fin de que este órgano superior reconociera los errores cometidos por el tribunal en la apreciación de la prueba y, en razón de ello, regresara las cosas a la sentencia condenatoria impuesta por la primera instancia. Sin embargo, la Corte decide *no casar* y, en consecuencia, mantiene el fallo absolutorio proferido por el tribunal, según decisión apoyada por siete de los nueve magistrados que integran la Sala de Casación Penal, pues salvaron el voto los magistrados MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ y AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

1 Realmente fue proferida con una mayoría de dos (2) de los tres (3) magistrados que integran la sala de decisión, porque el tercero hizo salvamento de voto.

4. HECHOS Y ANTECEDENTES RELEVANTES PARA CASACIÓN

4.1. Para el mes de septiembre del año 2009, la menor L. M. Z. J. –de 13 años de edad– recibe tratamiento de quimioterapia por el daño de leucemia linfóide aguda que la aquejaba.

4.2. Por el mismo mes y año, mediante pruebas de sangre (serología), se detecta la presencia en el organismo de la menor de un citomegalovirus –familia del herpes–, en forma latente.

4.3. El 2 de diciembre de la misma anualidad, la pediatra que regularmente atendía a la joven en el hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín observa una desfloración antigua en sus genitales. A raíz de una infección viral aguda que advierte durante el examen corporal, la médica también ordena la prueba de carga viral que confirma la presencia del citomegalovirus en la menor afectada.

4.4. Ante el hallazgo en los genitales, la menor L. M. Z. J. explica, tanto a los parientes cercanos como a los profesionales de la salud, que el 13 de noviembre de 2009, después de una sesión de quimioterapia practicada en la mañana, el sacerdote de su parroquia, a la vez amigo y consejero espiritual de la familia, N. J. V., la invita a almorzar en el apartamento de él, situado en el barrio Héctor Abad Gómez de la mencionada ciudad, oportunidad en la cual, después de comer, el religioso le propone que se acueste a descansar en su cama, comienza entonces a besarle la boca y los senos y a continuación, sin ninguna protección, le introduce el pene por su vagina.

4.5. Como hecho procesal–probatorio relevante para la casación interpuesta, se tiene que la defensa, el 21 de abril de 2010, obtiene por sus propios medios un examen de serología (detección de anticuerpos) del entonces imputado, cuyos resultados son negativos –en alto grado de probabilidad–, en el sentido de que el examinado no había estado expuesto al mencionado citomegalovirus.

4.6. Según lo declara el Tribunal de segunda instancia, el 13 de noviembre de 2009, fecha de la supuesta relación sexual, la menor L. M. Z. J. ya tenía la infección del virus. De ahí infiere que, en el caso de ser cierta la imputación, lo más probable era que el acusado hubiese adquirido la enfermedad por contagio, es decir, sería entonces portador del citomegalovirus al cabo de dos a cuatro semanas de incubación; mas como ello no ocurrió de esa manera (ya que el examen a él practicado el 21 de abril de 2010 arrojó un resultado negativo), se genera entonces una duda que debía resolverse a favor del acusado. Cuestiona el tribunal, así mismo, la credibilidad de la menor en razón a la falta de solidez de los dictámenes psiquiátricos orientados a señalar que ella no fabulaba ni fingía la situación narrada, también por la manera en que relata los hechos durante el juicio oral.

4.7. Uno de los magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal salva el voto, tras aducir, entre otras cosas, que la alta probabilidad que tuvo el acusado de contagiarse con el virus

es una afirmación carente de sustento científico cuando el receptor es una persona con buenas defensas.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS Y RESUELTOS EN LA CASACIÓN

5.1. La Corte advierte que la demanda plantea dos tipos de problemas jurídicos, ambos de naturaleza probatoria. El primero consiste en establecer si de la teoría científica de la defensa (es decir, la relacionada con el resultado del examen de laboratorio hecho al acusado N. J. V.) se deriva por lo menos una “duda razonable” respecto de los hechos de la acusación.

Señala que ese primer problema jurídico-probatorio corresponde al denominado error de hecho por falso juicio de identidad², aducido en la demanda y, además, *que lo abordará a la luz del modelo epistemológico previsto en el nuevo sistema penal acusatorio colombiano.*

5.2. El segundo problema es el relativo a la credibilidad que merece el relato de la joven L. M. Z. J., dentro del cual están incluidos los reproches por falso juicio de existencia y falso raciocinio.

En este aspecto (credibilidad del testimonio de la víctima), especial consideración hará la Corte en cuanto al contenido de reglas o máximas empíricas que pueda adjudicarse a las expresiones “*cuando el menor es víctima de atropellos sexuales, su dicho adquiere especial confiabilidad*”; o que “*el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales*”, ambas expuestas en la sentencia de casación de 26 de enero de 2006 (radicación 23.076).

6. DEMANDA DE CASACIÓN PROPUESTA POR LA FISCALÍA

6.1. *Falso juicio de identidad.* “La experta Mónica Rosa Trujillo Honeysberg aseguró que las pruebas de serología para detectar el virus son susceptibles de arrojar tanto ‘falsos positivos’ como ‘falsos negativos’, y que la manera más exacta de determinarlo es la de carga viral, procedimiento costoso que no se practicó en este caso. Por lo tanto –sostiene la Fiscalía–, *no era posible predicar*, como de forma equivocada lo hizo el *ad quem*, *la no existencia de una relación sexual* con la menor a partir del resultado del examen que se le hizo a N. J. V.”.

2 En la técnica de casación, los errores de hecho son los que recaen sobre la apreciación material de la prueba (a diferencia de los errores de derecho que versan sobre la apreciación jurídica) y constituyen un falso juicio de identidad cuando el juzgador hace supresiones o agregados materiales a la prueba.

“Además, el convencimiento más allá de toda duda razonable *no es absoluto* y la probabilidad que debe prevalecer no se desprende del análisis de una prueba aislada, sino de la que racionalmente se deriva de las valoradas en conjunto”³.

Observación 1. Aunque la sentencia de casación no le otorga trascendencia al yerro de ubicación del reparo puesto en el último párrafo, lo cierto es que esa crítica corresponde en verdad a un *falso raciocinio* y la demandante la presenta dentro del mismo *falso juicio de identidad* que en ese entonces desarrollaba. En el momento de la valoración de la prueba, que obviamente debe ser en su conjunto, es cuando puede verificarse la presencia de una prueba capaz de generar duda razonable. No podría hablarse de desconocimiento de la “duda razonable” cuando apenas se individualiza el vacío probatorio o se muestran las carencias en la descripción de la prueba, sino en el momento posterior de su valoración.

6.2. También señala la demanda un *falso juicio de existencia por omisión*, en cuanto el tribunal de segunda instancia no tuvo en cuenta el testimonio del padre de la menor víctima, “quien aseguró que, cuando se enteró de lo sucedido, fue a reclamarle al sacerdote y, en esa conversación, él le hizo manifestaciones en las cuales admitió su responsabilidad, aspecto que no fue controvertido por la defensa”⁴.

6.3. *Falso raciocinio.* “Desconoció el tribunal la *máxima empírica* según la cual la primera relación sexual de una mujer es una vivencia única en la vida y, por lo tanto, se trata de una experiencia memorable. También ignoró que lo dicho por un menor adquiere gran credibilidad cuando es víctima de abusos sexuales, lo que también constituye una *regla de la experiencia*, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala (se refiere a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia), así como la de la Corte Constitucional⁵.

7. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO⁶

Frente al resultado negativo arrojado por el examen médico practicado a N. J. V., dice el Procurador Delegado, debe anteponerse la total credibilidad atribuible a la víctima, dado que solo cuando la prueba científica es más específica que la practicada (serología) podría excluirse la testimonial. Además, sería ajeno a los fundamentos científicos

3 Sentencia de casación, p. 5. Se resalta.

4 *Ibíd.*, p. 6. En el falso juicio de existencia se suponen pruebas que jamás ingresaron al juicio o se desconocen pruebas legalmente aportadas.

5 Sentencia de casación, p. 6.

6 El Ministerio Público en Colombia, ejercido por la Procuraduría General de la Nación, cuya función constitucional es la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (art. 277-7), es un interviniente en el proceso penal distinto a la parte denominada Fiscalía General de la Nación. A esta última concierne constitucionalmente la investigación de los delitos y la acusación de los presuntos responsables (art. 250).

de la psicología desestimar el testimonio de L. M. Z. J. tan solo por la parquedad de su relato, máxime cuando no existen razones de peso para que hubiera inculpado de manera injusta a un inocente, dadas las circunstancias particulares de este asunto⁷.

Observación 2. Parece que el Ministerio Público entiende la *valoración conjunta de la prueba* como la determinación a derechas por una de las pruebas recaudadas, sin razonamientos ni ponderaciones previas a la expresión de esa preferencia, de modo que el testimonio de la menor (tal vez por el prejuicio arraigado de que cuando concurren las condiciones de menor y víctima en la misma persona esta difícilmente falta a la verdad) excluye sin más la prueba científica ofrecida por la defensa. Le da entera credibilidad al testimonio de la menor-víctima y de esa manera desacredita los resultados de la prueba científica de la defensa⁸.

Como la menor supuestamente no tenía motivos perversos para inculpar de manera injusta al sacerdote de la parroquia y amigo familiar (es la abducción que hacen el Ministerio Público, la Fiscalía y el salvamento de voto del tribunal), de ello infieren “inequívocamente” que el relato de aquella es completamente creíble. Los argumentos abductivos⁹ sirven para formular una hipótesis, para orientar la consecución de prueba, pero no para sustituirla arbitrariamente, porque en ese complejo camino de la actividad probatoria tales abducciones pueden confirmarse o desvirtuarse. Si la defensa ha probado –en un grado de probabilidad aceptable– que el acusado no estaba infectado con el citomegalovirus, de lo cual infiere que no parece razonable que haya tenido contacto sexual con la menor que sí estaba infectada, tal prueba no puede demeritarse solo con una suposición sino con otra prueba de mejor calidad epistémica o, en fin, por medio de una crítica racional que haga ver su completo desarraigo científico.

8. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA

8.1. Expone el defensor que la experta Mónica Rosa Trujillo Honeysberg ratifica que el citomegalovirus no solo posee cualidades altamente infecciosas, razón por la cual es usual que en nuestro país ese agente esté propagado en el 90% de la población, sino además que, cuando una persona sufre de una ‘inmuno-supresión’ (como sucede

7 Sentencia de casación, pp. 7 y 8.

8 He ahí presente una falacia de *petición de principio*, en la medida en que se da por probada la credibilidad del testimonio de la menor, sin tener en cuenta un dato tan relevante como la probabilidad alternativa de que los protagonistas de este caso no hayan entrado en contacto sexual para las mencionadas calendas, hecho razonablemente inferible de la prueba científica aportada por la defensa.

9 Si de alguna manera se sigue la útil y precisa definición de JUAN IGARTUA SALAVERRÍA, puedo afirmar que las hipótesis regularmente se formulan por abducción (a diferencia de la inducción y la deducción), es decir, por medio de un razonamiento que retrospectivamente se hace a partir de los efectos de una conducta, con el fin de auscultar (casi adivinar) las probables causas que entonces se convierten en explicación de los datos verificados. Cfr. *Los indicios tomados en serio*, 2010, pp. 484 y 485.

con los pacientes de quimioterapia), la infección se halla en el punto álgido de su fase contagiosa y, por lo tanto, es propensa a ser transmitida a otros organismos, siendo la prueba de carga viral y la de serología los instrumentos idóneos para detectarla.

Agrega que la prueba de serología es reconocida ampliamente para establecer la presencia del agente infeccioso, hasta el punto de que gracias a ella fue descubierto en el organismo de la menor. Y asegura que solo en el 3 o 4% de los casos arroja un falso resultado negativo, a pesar de que la persona sea portadora del virus. Es decir, dicha prueba tiene el 96% de credibilidad para ser estimada como fiable. Por consiguiente, era bastante probable que N. J. V. nunca hubiera estado expuesto al virus.

Observación 3. La Fiscalía demandante se duele de un falso juicio de identidad, en relación con el testimonio de la experta Mónica Rosa Trujillo Honeysberg, por cuanto esta advirtió de la posibilidad teórica tanto de “falsos positivos” como de “falsos negativos” (estos últimos, que hicieron parte de la manifestación de la testigo, supuestamente no los tuvo en cuenta el tribunal de segunda instancia), pero quien realmente incurre en falso juicio de identidad es la recurrente misma (precisamente el error que le adjudica a la sentencia) cuando no da cuenta de que también la deponente señala que estadísticamente los falsos negativos en esta materia ocurren en el 3 o 4% de los casos, de modo que por lo menos en un 96% de los experimentos la serología es una prueba confiable.

Debe tenerse en cuenta que en este caso no se trata en rigor de una prueba estadística (el uso de los datos estadísticos como prueba), sino de una prueba de hechos cuyas probabilidades de resultados fiables se expresan en términos porcentuales. En efecto, el acusado, materialmente, fue objeto de la prueba de serología y el resultado ha sido negativo para el herpes viral, resultado cuya fiabilidad alcanza un grado de probabilidad del 96-97%, de acuerdo con una regla de experiencia científica estadísticamente expresada por los expertos.

Existen casos en los que el resultado de un experimento científico, que es utilizado como prueba de un hecho, se expresa en cifras porcentuales. El ejemplo más conocido es, una vez más, la prueba de ADN, cuyo resultado positivo generalmente tiene un grado de probabilidad del 98-99 por 100. A pesar de ello, no se trata de una prueba estadística en sentido estricto, pues tales cifras porcentuales no expresan la frecuencia con que ocurre un determinado suceso dentro de una clase de eventos, *sino que expresan –inversamente– el margen de error que corresponde al resultado de un experimento concreto, o bien su grado de fiabilidad, teniendo en cuenta las modalidades con las que se efectuó el experimento y las comparaciones que permiten establecer la identidad del ADN sometido a análisis*¹⁰.

10 Cfr. TARUFFO, MICHELE. *La prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 287. Se ha resaltado.

8.2. También se duele la defensa de cómo la Fiscalía censura en su demanda que el examen de serología no haya brindado una certeza del 100%, porque dicha exigencia va más allá de invertir la carga de la prueba al constituir un imposible desde el punto de vista epistemológico, pues las verdades construidas en el proceso penal son relativas y, además, deben apoyarse en elementos cognoscitivos.

8.3. De esta manera, concluye el profesional de la defensa, si se le diera crédito al dicho de la menor L. M. Z. J. en los términos por ella descritos, debería aceptarse que el procesado también estuvo expuesto al herpes viral. *Sin embargo, existe una duda razonable derivada del resultado negativo de la prueba de serología.*

9. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

9.1. *Modelo epistemológico aupado en el sistema penal acusatorio colombiano.* Obedece a la pregunta: ¿cuál es el método de determinación de la verdad que propician la Constitución Política y la Ley 906 de 2004, como meta del proceso penal, sin perjuicio de las garantías fundamentales?

En relación con ese modelo la Corte indica:

9.1.1. “En el sistema de la Ley 600 de 2000 y ordenamientos procesales anteriores, el problema del conocimiento humano era tratado a partir de concepciones de índole subjetiva (como las tradicionales de verdad, falsedad, duda y certeza) que obligaban al intérprete a justificar alguna especie de creencia personal apoyada en razones suficientes”.

9.1.2. “*La constitucionalidad y legalidad de toda decisión de fondo no depende, en últimas, de motivar un estado psicológico o subjetivo por parte del juez, sino de la necesidad de exteriorizar unos argumentos susceptibles de contrastarse* o, lo que es lo mismo, que pudieran ser criticados de manera razonable y consciente”¹¹. Agrega que el juez “de ninguna manera expone el proceso psicológico a partir del cual adoptó una determinada consecuencia jurídica”¹².

Observación 4. La Corte se refiere –sin designarlo como tal– a lo que la teoría estándar de la argumentación (WRÓBLEWSKY, PECZENICK, AARNIO, ALEXY o MACCORMICK), tomándolo prestado de la filosofía de la ciencia, denomina y diferencia como *contexto de descubrimiento* (motivos como factores causales de lo decidido) y *contexto de justificación de las decisiones judiciales* (razones contrastables y finalmente aceptadas).

El profesor MANUEL ATIENZA, después de la publicación de *Las razones del Derecho* (1993), donde había advertido que “los órganos jurisdiccionales o administrativos

11 Sentencia de casación analizada, p. 14. Se resalta.

12 P. 16. Se resalta.

no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino que justificarlas” (p. 23), nos persuade de que la capacidad de rendimiento de la mencionada distinción depende de una concepción tridimensional de la argumentación (*formal, material y pragmática*) que él expone,

... pues desde el *punto de vista formal*, la distinción se puede establecer con nitidez: reconstruir el esquema formal (lógico) de la motivación de una decisión judicial (de una sentencia) es una operación que se desarrolla exclusivamente en el contexto de justificación (y aunque la justificación lógica sea únicamente un aspecto de la justificación en sentido pleno). Pero desde las otras perspectivas, las cosas no son ya así. *En el plano material*, las razones justificativas pueden ser indistinguibles de las explicativas (o si se quiere, la distinción debe ser ‘negada’ por el juez en su práctica de motivación). Y, desde el *punto de vista pragmático*, la distinción, simplemente, desaparece: el descubrimiento, la invención, de los argumentos es, simplemente, una de las fases del proceso de argumentación, de justificación. Por otro lado, como se ha señalado en alguna ocasión (*vid. AGUILÓ 2003*), las instituciones de la independencia (la obligación de no ir más allá del Derecho) y de la imparcialidad judicial (la obligación de abstenerse o la posibilidad de ser recusado) cumplen precisamente la función de hacer coincidir las razones explicativas con las justificativas¹³.

9.1.3. “De acuerdo con esta visión del saber [se refiere la Corte a la filosofía ilustrada y a la epistemología], un *razonamiento* sólo comienza a adquirir el carácter de científico cuando puede formularse mediante *proposiciones lingüísticas, bien sea de tipo fáctico o empírico* (como “*Pedro le disparó a Juan*”), o bien *valorativo o predominantemente normativo* (como “*la legítima defensa excluye la antijuridicidad de la conducta*”). Lo importante, entonces, *no es acudir a las propias convicciones y creencias del sujeto cognoscente* (ni mucho menos debatirlas), sino *concretar el razonamiento a través del lenguaje* (o, mejor dicho, mediante la acción de comunicarse) y dejarlo ‘*objetivado*’, es decir, que adquiera la facultad de ser aceptado, afirmado, negado, criticado y defendido por cualquier otro”¹⁴.

13 Ello presupone entender la *concepción formal* de la argumentación como una serie de enunciados en los que el sentido correcto de la conclusión depende meramente de la corrección formal de las premisas, sin sujeción a ningún contenido de verdad; la *concepción material* como la preocupación no tanto por la forma de los enunciados sino por el contenido fáctico o institucional de los mismos; y la *concepción pragmática* en el sentido de un encadenamiento de actos del lenguaje y de sus repercusiones en la comunicación de los individuos o entidades (cfr. *Curso de Argumentación Jurídica*, 2013, pp. 110, 111, 114 y 115. Se resalta).

14 Sentencia examinada, p. 15. Se resalta.

9.1.4. “El cambio de la expresión ‘*certeza*’ por la de ‘*convencimiento más allá de toda duda*’ o la de ‘*conocimiento más allá de toda duda razonable*’ no ha sido caprichoso ni producto de una inclinación o moda intelectual por parte del legislador. El grado absoluto de certeza es un imposible gnoseológico y humano; las proposiciones fácticas o empíricas tienen márgenes de discrecionalidad imposibles de derrotar; y el mejor modelo epistemológico es el que propicia el contraste y la refutación”¹⁵.

9.1.5. “Esta postura no niega entonces la existencia de una *verdad material como propósito indeclinable del ordenamiento jurídico*. Simplemente, reconoce las dificultades que entraña la obtención de ese fin, razón por la cual es preferible afirmar que la correcta decisión dictada dentro del proceso es *aquella que se puede calificar como la más próxima a la verdad*”¹⁶.

9.1.6. “Esta idea de aproximación (a la verdad) parte del supuesto de que nadie está en la capacidad de demostrar que sus aseveraciones se corresponden de manera plena con la verdad (aunque de hecho así lo sea), *pues todo conocimiento humano dependerá del estado de cosas y las teorías imperantes de la época* (en el proceso penal, de las teorías del caso fundadas en las pruebas practicadas durante el juicio). Lo que sí es posible demostrar es la existencia de yerros o falencias, gracias a la crítica racional (ya sea a través de la refutación empírica –probatoria– o la argumentativa –jurídica–)”¹⁷.

Observación 5. En realidad, como puede inferirse de lo dicho por la Corte en los párrafos 9.1.4 y 9.1.5, hablar de “certeza” en cualquier proceso que trata de reconstruir unos hechos ya acaecidos, por medio de la prueba y la argumentación, resulta simplemente una ilusión. La verdad alcanzable en el proceso penal es una *forma particular de verdad histórica*. Se ocupa de hechos delictivos que, a la hora de ser investigados y tratar de probarlos, ya son hechos del pasado. Por ello, con suma precisión, FERRAJOLI advierte que las pruebas son “hechos probatorios del presente” en relación con “hechos del pasado” y que esto termina por afectar el modelo ideal de “verdad” como “*correspondencia objetiva*”. Por ello, sin caer en el escepticismo de que no es posible la verdad en el proceso, se habla más bien de la *máxima correspondencia, de “verdad probable” y no de certeza*¹⁸.

15 Ibid., pp. 17 y 18. Esas nuevas expresiones de auténtico sabor epistemológico (“*convencimiento... más allá de toda duda*”, o “*conocimiento... más allá de duda razonable*”, o “*conocimiento más allá de toda duda*”) están situadas en los artículos 7.º, 372 y 381, entre otros, de la Ley 906 de 2004.

16 Sentencia, p. 18. Se resalta.

17 Ibid., pp. 18 y 19. Se resalta.

18 FERRAJOLI. *Derecho y razón*, 1995, pp. 47 y ss. y 129 y ss. Se resalta.

El razonamiento probatorio es de tipo inductivo, en el sentido de que permite, a través de *máximas de experiencia*, pasar de unos *elementos o datos probatorios* a unos *hechos probados*. En una inferencia inductiva de esta naturaleza, como en cualquiera otra, la conclusión solo puede tener un *carácter probabilista*.

Aunque, como señala agudamente Taruffo, la “*probabilidad*” suele tener una denotación aún problemática entre los juristas, cuando sostienen que “*lo probable*” es aquello que sin ser falso tampoco alcanza a ser verdadero, lo cierto es que la *epistemología jurídica contemporánea* le asigna a ese vocablo otra denotación acorde con la *naturaleza inductiva y probabilista* de lo examinado. Así, en lugar de “*verdad objetiva*” se habla de “*verdad probable*”; la “*demonstración*” se sustituye por la “*argumentación*” y la “*certeza*” cede el paso a la “*razonabilidad*” o al “*conocimiento más allá de duda razonable*”¹⁹. Finalmente, una “*verdad probable*” es la que tiene las mayores credenciales empíricas y racionales, suficiente para obtener una sentencia condenatoria, de modo que solo puede ser derrotada por una duda pero de carácter razonable (no pueden ser dudas al tanteo, arbitrarias o imaginarias).

Y es que ese modelo ideal de “*verdad como correspondencia*”, según lo sostiene Atienza en cita que hace de Taruffo, empieza por afectarse y generar problemas cuando se determina que los hechos ocurridos y que son objeto de un juicio no se captan exclusivamente “*en bruto*”, están filtrados por una concepción institucional de los mismos en la ley²⁰, además de que ellos no hablan por sí solos sino a través de enunciados que sobre ellos hacen los interesados como intérpretes, expuestos adicionalmente algunas veces a la potestad o discrecionalidad lingüística de estos actores. “En realidad, los hechos no se incorporan en los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material: *‘en general ya han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. De modo que los hechos no pueden ser percibidos por el juez (excepto algunos elementos de prueba circunstanciales), así que tienen que ser reconstruidos por el juzgador de los hechos tomando como base los medios de prueba disponibles. De este modo, los hechos se toman en consideración de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido fácticamente. Cuando hablamos de verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho. En consecuencia, lo que se prueba o demuestra en el proceso judicial es la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos*

19 IGARTUA. *El caso Marey*. Trotta, Madrid, 1999, p. 35.

20 Así, el hurto no consiste simplemente en el hecho empírico del desplazamiento de la cosa mueble del poder de un hombre al de otro, sino además en el cumplimiento de exigencias institucionales de que la cosa mueble sea “*ajena*” y que el apoderamiento se haga “*con el propósito de obtener provecho para sí o para otro*” –art. 239 C. Penal col.–.

en litigio'. Esos enunciados no están, por lo tanto, dados *a priori*, sino que son constructos lingüísticos definidos por las partes y por el juez²¹.

9.1.7. “De lo anterior (dice la Corte) se desprende que la valoración de la prueba en la Ley 906 de 2004 depende de evaluar los enunciados fácticos o valorativos que la integran (del tipo “*vi a Pedro con un arma antes de la muerte de Juan*” o “*Juan no era enemigo de Pedro*”) siempre en función de la teoría (o de la modalidad de refutación de esta) que la parte haya pretendido acreditar.

9.1.8. “Esto último implica para la defensa el desempeño de *un papel más activo y diligente que en el anterior sistema de procedimiento penal, pues ya sea con medios de conocimiento o con argumentos jurídicos, tendrá la carga procesal de desvirtuar la teoría del caso sostenida por la Fiscalía (o, por lo menos, de plantear una duda razonable al respecto)*, pudiendo para tal efecto construir una o varias propuestas de solución al problema (es decir, plantear explicaciones alternativas a los hechos imputados), *incluso si al final decide no sustentarlas durante el juicio*”²².

9.1.9. “*Como se deriva de las citas anteriores, la consagración de esta carga procesal no desconoce ni afecta la presunción de inocencia, sino que es la consecuencia lógica de un modelo objetivo de conocimiento de confrontación o refutación*. Sin embargo, frente a la efectividad de la garantía judicial en comento, es menester señalar que se traduce en las prerrogativas que a su favor tiene consagrada la defensa, dada la mayor rigidez de las cargas de su adversario. Es decir, que de todas las posibilidades de enfrentamiento entre las teorías de las partes, sólo en una de ellas podrá salir avante la del organismo acusador”²³.

9.1.10. “En síntesis, *la carga de la defensa gira alrededor de demostrar un error (interno o externo) en la teoría de la acusación, del cual pueda derivarse al menos una duda razonable*. Pero la obligación procesal de la Fiscalía es de mayor envergadura, pues, por un lado, debe sustentar la imputación (es decir, construir un caso que resista a la crítica inmanente de la defensa), y, por el otro, tiene que refutar, mediante proposiciones fácticas o jurídicas apoyadas en las pruebas del juicio, las propuestas de solución esgrimidas por la contraparte”²⁴.

Observación 6. Aunque la Corte se refiere en los párrafos 9.1.8, 9.1.9 y 9.1.10 a la “carga procesal” de la defensa, y entiende que ello no afecta la presunción

21 ATIENZA, 2013, p. 478.

22 Sentencia analizada, pp. 19 y 20. Se resalta.

23 Sentencia examinada, pp. 22 y 23. Se resalta.

24 *Ibíd.*, p. 24. Se resalta.

de inocencia del acusado, pareciera como si en esta ocasión tratara de tomar distancia de su reiterada doctrina de la “*carga dinámica de la prueba*”, según la cual el acusado y la defensa deben acreditar las circunstancias exculpativas que alegan a favor del primero²⁵, por ejemplo una causal eximente de la responsabilidad como el caso fortuito o la fuerza mayor.

Parece riesgoso hablar de “*carga procesal*” de la defensa, bien en materia probatoria ora como argumentación. Si el proceso penal colombiano está inequívocamente orientado y definido por la garantía constitucional de la presunción de inocencia (“*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*” –art. 29, inc. 3.º–), es imposible sostener “*cargas procesales*” para la defensa, sobre todo cuando el entendimiento tradicional de “*carga*” está circunscrito a una consecuencia adversa en sus pretensiones por no probar o por no “*demonstrar*”. Aunque esta sentencia hace importantes matizaciones sobre el respeto a la presunción de inocencia, quiero decir que el uso de la expresión “*carga procesal*” como exigencia a la defensa (en lugar de facultades o derechos de prueba y de argumentación) puede ser paradójicamente un argumento de pendiente resbaladiza, porque, por ejemplo, si la defensa facultativamente se compromete con una teoría del caso de legítima defensa o de error de tipo o de prohibición, pero no logra probarlo o argumentarlo de manera satisfactoria, no por ello necesariamente y de contera se fortalece la teoría del caso sobre el acto delictivo injusto y doloso que enarbola la Fiscalía²⁶. La teoría acusatoria, merced a que a la Fiscalía corresponde constitucionalmente la carga de la prueba, tiene que ser autosuficiente, de modo que, a pesar de los vacíos probatorios o argumentativos de la actividad defensiva, al juez solo le queda la opción de absolver cuando en la valoración de las pruebas ofrecidas por la acusación *objetivamente* surjan dudas razonables.

Desde luego que argumentar, para cualquier parte o interviniente en un proceso, también para cualquier ciudadano en la vida de relación, tiene una finalidad de persuasión racional y quizá la pretensión de mejorar la convivencia en el mundo en el que vivimos, pero un buen trecho diferencial existe entre esa noble aspiración y la obligación de hacerlo.

El texto constitucional es desarrollado por el artículo 7.º de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal (*principio rector y garantía procesal*), entre

25 Sentencia de Casación de 25 de mayo de 2011, rad. 33.660, folios 16 y 17.

26 No se puede incurrir en una falacia: “si la razón no está de tu parte forzosamente estará de la mía”. De la fragilidad de la defensa no se sigue necesariamente el éxito de la acusación (*non sequitur*), pero de la fragilidad de la acusación sí se sigue la absolución del acusado (porque este se presume inocente y la Fiscalía tiene la carga de la prueba).

otros, cuando advierte que, *como consecuencia de la presunción de inocencia*, i) la *carga de la prueba* corresponde al *órgano de la persecución penal* (Fiscalía) y no al imputado o acusado, porque “*en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria*”; ii) la Fiscalía cumple su obligación de desvirtuar la presunción de inocencia por medio de estándares de prueba o cuotas epistemológicas definidas en la ley, de acuerdo con el momento procesal correspondiente, esto es, *inferencia razonable* para formular imputación y pedir al juez de control de garantías una medida de aseguramiento en contra del imputado²⁷, *probabilidad de verdad* para acusar ante el juez de conocimiento²⁸ y *convencimiento más allá de duda razonable* para solicitar sentencia condenatoria ante el mismo juez de conocimiento²⁹; iii) la duda que se presente se resolverá a favor del acusado (*in dubio pro reo*)³⁰, y iv) el imputado o acusado no tiene cargas, obligaciones o deberes en materia de prueba y argumentación sino solo derechos o potestades, en la medida en que, entre las atribuciones de la defensa, cuenta la de que “*no puede ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral*”³¹.

Estas cuatro consecuencias jurídicas indican que *la presunción de inocencia es normativa y no psicológica*, a pesar del uso legal de expresiones como “convicción” o “convencimiento” del juez³². De modo que, a tono con esta regulación constitucional, rectora y garantista, ni siquiera la dinámica del contradictorio propia del sistema acusatorio alcanza para asignarle “cargas procesales” a la defensa, pues ello equivaldría a resentir la médula o punto de partida del proceso penal (la presunción de inocencia).

La defensa tiene potestades o derechos en la actividad propia de la formación de la prueba y de la argumentación de sus posturas, pero no obligaciones, porque mientras a la Fiscalía sí le incumbe la carga probatoria y argumental para desvirtuar la presunción de inocencia, a la defensa le bastaría generar duda razonable aun dentro del propio contexto de la prueba de la acusación, verbigracia, por medio del contrainterrogatorio a los testigos o peritos o a través de otra perspectiva crítica pero igualmente razonable de los resultados de esa prueba inculpatoria³³. Si el defensor, en el ejercicio de sus facultades, se decide por una defensa afirmativa mediante la presentación de prueba ori-

27 Ley 906 de 2004, arts. 287 y 308.

28 *Ibíd.*, art. 336.

29 *Ibíd.*, artículos 7.º inciso final y 381 inciso 1º.

30 *Ibíd.*, artículo 7.º inciso 2º.

31 Ley 906 de 2004, artículo 125 numeral 8.º, modificado por el artículo 47 de la ley 1142 de 2007.

32 Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN. *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Trotta, 1999, p. 17.

33 Sentencia C-396 de 2007.

ginal o propia y de prueba de refutación, como fruto de sus investigaciones particulares, esa será su respetable opción, pero ello no significa que no lo pueda hacer del modo primeramente indicado.

Desde luego, si la pretensión de la defensa es la de generar duda, debe tratarse de “duda razonable” y no de la de índole arbitraria o artificiosa, efecto para el cual no le basta exponer sus meras opiniones o prejuicios, sino que debe hacer afirmaciones con apoyos racionales o empíricos (argumentos). Esta apoyatura empírica o racional no necesariamente emana de la prueba que como parte introduzca la defensa, sino que igualmente puede hallarse en el contexto de la propia prueba inculpativa que aporta la fiscalía.

Si la defensa fracasa en la pretensión de reconstruir dudas razonables (todo lo que hace es desplegar intuiciones o prejuicios), de ello no se sigue fatalmente que le sobreviene como “sanción” una sentencia condenatoria, pues –como antes advierto– el juez, en su tarea de verificar el baremo legal para condenar, también puede hallar las dudas razonables en la valoración conjunta de la prueba inculpativa.

Otra cosa es el deber del profesional de defender de manera diligente y ética al imputado o acusado, actividad en la cual podrían presentarse vacíos ostensibles que pueden conducir hasta la nulidad por falta de defensa técnica, pero ello no puede convertirse en una “carga procesal” que derive en consecuencias de responsabilidad por el no cumplimiento de la correspondiente obligación. Sin embargo, ante una lamentable y absurda defensa técnica, si el juez advierte la duda razonable en la presentación y valoración de la prueba inculpativa, tampoco podría aducirse una nulidad que premie la incapacidad de la Fiscalía y de esa manera darle una nueva oportunidad no ganada de recomponer el caso, todo en perjuicio de la presunción de inocencia, sino que lo procedente es la absolución por *in dubio pro reo*.

En suma, salvo el caso de falta protuberante de defensa técnica –que puede tener otra consecuencia procesal–, *las razones jurídicas o probatorias de la defensa son potestativas*. Por el contrario, como el fiscal tiene la carga de la prueba y el juez es quien decide el proceso y ejerce la jurisdicción, *ambos están obligados a razonar. Lo decisivo es que la Fiscalía pruebe los hechos y la responsabilidad del acusado, más allá de duda razonable, a pesar del silencio estratégico o de una gran actividad de la defensa*.

9.2. En cuanto a la aplicación del modelo epistemológico expuesto al caso concreto, a partir de los testimonios de la bacterióloga Bibiana María Ocampo Granada, de la infectóloga Mónica Rosa Trujillo Honeysberg y de la pediatra Nora Luz Yépez Palacio, la Corte reflexiona como sigue:

9.2.1. “El error de hecho por falso juicio de identidad señalado por la demandante, que fue coadyuvado por el Fiscal Delegado ante la Corte y el representante de la Procuraduría en la audiencia de sustentación, tiene como argumento central sostener que la única vía de descartar si el resultado del examen de serología se trataba de un ‘falso negativo’ consistía en practicar la prueba de la carga viral.

9.2.2. “Aunada a dicha postura, está la contemplada por el Magistrado del Tribunal que no compartió la decisión mayoritaria, según la cual la defensa incumplió su carga procesal al no fundamentar dentro del juicio la probabilidad de que un sujeto con buenas o altas defensas pudiera no contraer el virus tras estar en contacto con una persona que sí lo tuviera”³⁴.

9.2.3. “En el presente asunto, *la hipótesis de la defensa fue construida con base en distintos enunciados probabilísticos, sustentados en los testimonios de profesionales del campo de la bacteriología, pediatría e infectología (Bibiana María Ocampo Granada, Nora Luz Yépez Palacio y Mónica Rosa Trujillo Honeysberg), en los cuales un suceso azaroso y encadenado con el precedente siempre podía decidirse a favor del procesado, en razón de la mayor probabilidad de cada uno de ellos.* Por ejemplo:

9.2.3.1. “Era posible que el 13 de noviembre de 2009 (fecha del abuso sexual imputado) L. M. Z. J. no estuviese en estado de viremia por el *citomegalovirus*. Sin embargo, lo más probable es que así fuera, dada la presencia anterior del herpes viral en el organismo de la menor y el tratamiento con quimioterapia al que venía siendo sometida.

9.2.3.2. “No podía descartarse que, a pesar de ser besada en la boca y accedida carnalmente, la joven no le transmitió el herpes al acusado. No obstante, lo usual o más frecuente es que, debido al intercambio de fluidos, un ‘inmuno-suprimido’ infectado con el virus contagie a un ‘inmuno-competente’ que no fuera portador del mismo.

9.2.3.3. “Podía ser que N. J. V. recibiera el virus y, sin embargo, su organismo no generase anticuerpos de tipo alguno para combatirlo. Pero del contexto de lo relatado por las expertas se advierte como regla general que si una persona no sufre de ‘inmuno-supresión’ por una patología determinada (SIDA), leucemia, hepatitis, etc.), debería reputársele como ‘inmuno-competente’.

9.2.3.4. “No era imposible que el resultado del examen de laboratorio de 21 de abril de 2010, según el cual el procesado no era reactivo para los anticuer-

34 Sentencia examinada, p. 50.

pos IgM e IgG, obedeciera al denominado ‘falso negativo’. No obstante, la probabilidad de que esto ocurra es del 4% o 5% para los primeros y del 3% o 4% para los segundos.

9.2.3.5. “Y, por último, hubiera podido practicarse la prueba de la carga viral para detectar directamente si el acusado era portador o no del agente infeccioso. Sin embargo, lo más razonable es no acudir a dicho procedimiento cuando la persona no presenta síntomas y la prueba de serología ha arrojado resultados negativos. (Algo similar sucede con las pruebas de control de dopaje. Cuando la muestra del deportista sale negativa, no se repite el examen, pues éste de por sí es bastante confiable. Pero cuando resulta positiva, se acude a la contramuestra para reducir al mínimo el margen de error)”³⁵.

Observación 7. En cuanto a la probabilidad de que en el caso haya ocurrido o no un “falso negativo”, a la hora de practicarle el examen de sangre al acusado para detectar la infección, la Corte arranca con la ilustración de casos como el del lanzamiento de monedas, con el fin de establecer una frecuencia en la que las monedas caen por la cara o lo hacen por la cruz y hasta menciona el teorema de Bernoulli que se utiliza para ese cálculo de probabilidades en la frecuencia de ciertos acontecimientos³⁶.

Sin embargo, en el ámbito judicial la prueba estadística no puede usarse para dar por establecidos los materiales fácticos, pues no podría argüirse que un determinado hecho o fenómeno ocurrió o no ocurrió porque así lo indica el cálculo de una frecuencia estadística. Las probabilidades estadísticas sirven para construir reglas de experiencia, que como regularidades pueden funcionar como garantía de confianza al pasar de los hechos probatorios a la hipótesis del caso; pero jamás pueden sustituir la prueba empírica de los hechos probatorios.

TARUFFO y ATIENZA sostienen que si bien el tipo de verdad que puede alcanzarse en los contextos judiciales es el de una “verdad relativa” o de una “verdad probable”, lo cierto es que “el tipo de probabilidad que nos permite ‘una interpretación analítica de la prueba judicial’ no es la probabilidad cuantitativa (esencialmente, la probabilidad a partir del teorema de Bayes, que ha tenido un gran desarrollo en los últimos tiempos, sobre todo en los Estados Unidos), sino la probabilidad cualitativa o lógica, de acuerdo con la cual los medios de prueba son asumidos como premisas, a partir de las cuales pueden obtenerse, siguiendo modelos lógicos (de una lógica no deductiva) conclusiones probables: ‘(E)l concepto de probabilidad lógica, y sus desarrollos en la teoría de la *evidence and inference*, merece ser considerado como base teórica para un

35 Sentencia, pp. 55 y 56. Se resalta.

36 *Ibíd.*, pp. 52 ss.

acercamiento apropiado al problema de la prueba judicial. Las probabilidades estadísticas pueden ser usadas como elementos de prueba en algunos casos [...], pero la prueba estadística no puede ser adoptada como modelo general de la prueba judicial. En cambio, la teoría de la *evidence and inference*, basada en la probabilidad lógica, puede conducir a racionalizaciones fiables del uso de las pruebas en la toma de decisiones judiciales (p. 33)³⁷.

En este caso, el acusado se expuso, de manera empírica y por ende científica, a una prueba material de serología, practicada por la bacterióloga Bibiana María Ocampo Granada, de modo que no se trata de una prueba estadística sino de unos resultados tangibles que, en virtud de una regla de experiencia científica, se expresan con márgenes de error (4 o 5% en los IgM y 2 o 3% en los IgC)³⁸.

Así entonces, como el acusado no tenía rastros de IgM ni de IgC, según el dictamen producido por la bacterióloga y las explicaciones expertas de la infectóloga como testigo de verificación, la máxima probabilidad (95-98%) era la de que no estuviera infectado y la mínima probabilidad (2-5%) la de que ese examen hubiera caído en la desgracia de un “falso negativo”. Aunque las dos son probabilidades científica y epistemológicamente aún sostenibles, optar por la segunda sería quebrar ostensiblemente la regla jurídica de juicio que constituye la presunción de inocencia y la regla jurídica de valoración probatoria inserta en el *in dubio pro reo*.

Quizás se hubiera podido avanzar más si –desde luego con resultados hipotéticos–, como lo advierte la Corte, la Fiscalía ejerce competentemente el derecho-deber de contradicción, mediante un contrainterrogatorio expertamente asistido³⁹, sin embargo de lo cual creo que la mayor falencia –en este y en muchos casos en que la defensa tiene autónomamente la facultad de acudir a la prueba pericial– se halla en el control de la cadena de custodia, con el fin de garantizar que el experimento realmente se hizo en una muestra de sangre correspondiente al acusado o, en razón del tiempo transcurrido, darle la oportunidad a la Fiscalía para la toma de contra-muestras, siempre bajo la intervención y vigilancia del juez de control de garantías porque se trata de incidir en el cuerpo del acusado.

37 ATIENZA, 2013, pp. 479 y 480.

38 Los anticuerpos, como memoria en signos de que hubo una infección, pueden ser de la clase IgM que corresponden a la fase aguda del virus, aparecen entre la primera y la segunda semana posterior al contagio y su pico máximo ocurre entre los 3 y los 6 meses después de la afectación; y también pueden ser de la clase IgC, más tardíos que los anteriores, pero latentes de por vida.

39 Sentencia analizada, pp. 57 a 60.

En razón de lo dicho, el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal colombiano dispone que “la demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente”. En verdad, una prueba de tan alto porcentaje de fiabilidad científica como la de ADN, por ejemplo, sería bastante dudosa en sus resultados si no se tiene la confianza de que no se han manipulado los materiales sometidos a análisis o de que se han aplicado correctamente los protocolos de análisis. Sin embargo, como la Fiscalía en este caso no hizo nada serio para precaver resultados ajenos a la verdad, lo que se diga por fuera de lo actuado en el contradictorio solo tiene el matiz de una melancólica especulación.

9.2.3.6. “Además de la demandante, quienes en sede de casación solicitaron a la Corte casar la sentencia impugnada partieron de *una noción tan absoluta como subjetiva del conocimiento, completamente distinta a un modelo teórico-objetivo de confrontación y refutación de teorías que pretende aproximarse a la verdad material*, pero no la asigna ni la exige arbitrariamente, y que al mismo tiempo supone la aplicación del principio procesal *in dubio pro reo*. De ahí lo desproporcionado de pedirle a la defensa la carga de probar en el grado último de certeza que el resultado del examen de serología no fuera un ‘falso negativo’⁴⁰.

Observación 8. Si el estado de la ciencia aún no alcanza para sostener que en el ciento por ciento de los casos de serología se hallan los rastros del contagio del citomegalovirus (esto es, los anticuerpos) –por múltiples contingencias a las que aún aquella no se sobrepone–, exigírselo al defensor o al acusado no solo implica incurrir en una prohibida inversión de la carga de la prueba (*obstáculo jurídico*)⁴¹ sino que se les obligaría a acudir a prueba diabólica (*obstáculo epistemológico*), en el sentido de que a pesar de que la ciencia no lo ha logrado, entonces no se sabe cómo ellos sí podrían hacerlo.

9.3. La Corte se ocupa enseguida del cargo por *falso raciocinio*, en lo que atañe a la credibilidad que debió otorgarse al dicho de la menor víctima, a partir de supuestas *reglas de experiencia* presentadas por la demandante.

Se verá:

9.3.1. “El principal problema que en materia de credibilidad del relato de L. M. Z. J. se deriva del cargo por falso raciocinio propuesto por la demandante

40 Ibid., pp. 60 y 61. Se resalta.

41 El artículo 7.º de la Ley 906 de 2004 trae la prohibición tajante: “En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.

*consiste en establecer si son apreciables como máximas de la experiencia las proposiciones “cuando el menor es víctima de atropellos sexuales, su dicho adquiere especial confiabilidad” y “el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales”, que figuran en la sentencia de la Sala de 26 de enero de 2006 (radicación 23076)*⁴².

9.3.2. “En este orden de ideas, las máximas de la experiencia, a semejanza de las leyes científicas, pueden ser refutadas empíricamente, esto es, mediante pruebas practicadas en el juicio oral que demuestren o sugieran una realidad histórica diversa a la teoría. Si los medios o elementos de convicción denotan una conclusión fáctica que riñe con la abstracción o universalización planteada, es obvio que esta última no tendrá la capacidad de resolver, en términos de credibilidad, una determinada situación problemática. Pero a partir de una particular experiencia tampoco podrá construirse una hipótesis o teoría que elimine a la que sea estimada como la más próxima al comportamiento general.

9.3.3. “Estas reglas también podrán refutarse argumentativamente, es decir, por medio de una crítica racional que exponga las inconsistencias inmanentes, lógicas o contextuales de la teoría (por ejemplo, probar que el enunciado carece de pretensiones de ley, o riñe consigo mismo, o escapa del ámbito social o cultural en donde se produjo el evento, etcétera)”⁴³.

9.3.4. En relación con la pregunta planteada en el párrafo 9.2.1, dice la Corte que “La respuesta tiene que ser negativa. En primer lugar, analizadas de manera aislada, tales expresiones no resultan válidas para decidir si al niño que manifiesta ser sujeto pasivo de un delito sexual debería o no creérsele, pues contendrían una *petición de principio* en tal sentido o, lo que es lo mismo, suponen como solución del problema aquello que necesariamente debería probarse”.

“Es decir, es ilógico plantear que al menor de edad habría que creerle cuando dice que es víctima de un abuso sexual *con el argumento de que es digno de confianza lo dicho por quien (sin lugar a dudas) ha padecido la realización de esa clase de delitos*. El proceso penal sirve, entre otras cosas, para determinar si una persona (ya sea en estado de debilidad manifiesta o no) tiene la *calidad de víctima*.

42 Sentencia examinada, pp. 63 y 64. Se resalta.

43 *Ibíd.*, pp. 62 y 63.

“Por lo tanto, en la decisión de fondo jamás será razonable asumir que alguien es sujeto pasivo de una conducta por el único motivo de que lo afirma”⁴⁴.

“En este orden de ideas, si de lo que se trata es de extraer una regla, doctrina o tesis jurisprudencial, sería una aserción del tipo ‘a los niños, como a cualquier otra persona, hay que creerles cuando aducen ser víctimas de delitos sexuales, a menos que haya datos objetivos para concluir que están faltando a la verdad’, conclusión que, para efectos prácticos, no brinda fórmulas mágicas o inexorables a los operadores de la norma en términos de la sana crítica o de credibilidad, pues la decisión siempre dependerá de la valoración de las circunstancias específicas de cada caso.

Observación 9. Como es menor y ha padecido un delito sexual (*supuesto*), es digno de credibilidad lo que dice (*inferido*); y lo que dice es verdad porque es menor y ha sufrido un agravio sexual. Como se ve, las afirmaciones hechas en la demanda de casación y tomadas de una sentencia de casación anterior –parece que fuera de contexto–, denotan más bien una *doble petición de principio o razonamiento circular*, porque las concurrentes condiciones de menor y de víctima de un delito sexual le sirven a la Fiscalía para acreditar la veracidad de las afirmaciones del menor en cuanto al agravio sufrido y la identidad del responsable del mismo; pero a la vez, lo afirmado es verdad por cuanto proviene de una persona con esa doble condición de menor y víctima de un delito sexual.

Esa clase de afirmaciones, según lo sostiene Igartua, cuando carecen de una base empírica reiterada, constituyen más bien prejuicios y no pueden convertirse en reglas de experiencia. Es que la regla de experiencia es un juicio general extraído del patrimonio científico o de la experiencia común. Lo que hay que evitar son los prejuicios que son razonamientos circulares. Los prejuicios están basados en suposiciones, carecen de base empírica, en cambio las reglas de experiencia se basan en verificaciones, se extraen mediante la abstracción derivada de la observación de numerosos y similares casos⁴⁵.

9.3.5. “La conclusión del médico psiquiatra Gabriel Jaime López Calle fue sopesada y analizada por el *ad quem*. Pero no le dio el alcance que a la Fiscalía le hubiera gustado otorgar, es decir, *que el análisis realizado por el experto era infalible a la hora de determinar que la menor de edad habló con la verdad acerca de la realización del delito*. Esta visión resulta imposible de sostener, máxime cuando la aserción médica relativa a la no fabulación, mitomanía o

44 Sentencia, pp. 68 y 69. Se resalta.

45 IGARTUA SALAVERRÍA. *El Comité de Derechos Humanos, la Casación Penal Española y el Control del Razonamiento Probatorio*. Civitas, 2004, pp. 116 ss.

fantasía en L. M. Z. J. *no excluía la posibilidad de que la joven mintiera en relación con la realidad histórica de la imputación fáctica*⁴⁶.

Observación 10. Ni los psiquiatras ni los psicólogos pueden concluir, a partir de entrevistas ligeras, que el testigo menor fantasea o no lo hace, simplemente deben describir rastros psicológicos o rasgos de personalidad a partir de los cuales los jueces concluyen. Es posible que un psicólogo o un psiquiatra, después de entrevistas rigurosas y sujetas a protocolos científicamente admitidos, detecten en el menor rastros o huellas psicológicas de un síndrome de niño abusado, habida cuenta de cambios notorios en su lenguaje y de la diversidad de su comportamiento en distintos escenarios, de modo que se deben suministrar esos ingredientes al juez y este puede concluir de manera muy probable que ha sido víctima de abuso sexual, pero ello no obsta para determinar por otros medios probatorios concurrentes que ha mentado interesadamente sobre la identidad del autor de los agravios sexuales. En ese sentido, los psicólogos y los psiquiatras concurren a juicio como testigos de reconstrucción y de verificación, eventualidad en la cual deberá insistirse mucho en el interrogatorio y contrainterrogatorio sobre los métodos, instrumentos y protocolos utilizados y el número y calidad de las entrevistas sostenidas con el menor, pues esto garantiza una suerte de *cadena de custodia psicológica* y evita la manipulación del menor.

10. SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN⁴⁷

El magistrado discrepante señala:

10.1. “Aunque evidentemente, el nuevo sistema de procesamiento penal implica una transición del grado de certeza al de convencimiento más allá de toda duda razonable, y en ese orden, al predicarse la inexistencia de la certeza en estricto sentido habría de concluirse que se está ante una probabilidad, *la sola coexistencia de la tesis acusatoria con la defensiva no genera la aplicación per se del principio in dubio pro reo.*

“Por eso, *no se puede afirmar que* ante la existencia de pruebas que ofrezcan versiones disímiles de la realidad investigada y favorezcan por tanto, los intereses de las partes trenzadas en el debate oral –Estado y defensa–procesado–, *se debe privilegiar la duda para descartar cualquier compromiso penal que pudiera asistirle al enjuiciado*”⁴⁸.

Observación 11. Evidentemente, como de manera correcta lo advierte el salvamento, el solo hallazgo en el proceso de tesis o pruebas de signo contrario no implica aplicar

46 Sentencia analizada, p. 76. Se resalta.

47 Solamente tuvimos a disposición este salvamento de voto.

48 Salvamento de voto, folios 2 y 3. Se resalta.

de una vez el *in dubio pro reo*, pues debe preceder el examen individual y conjunto de las pruebas, y solo al final de la valoración, cuando ya no es posible superar una duda razonable, se aplica el *in dubio*. Es que este no puede considerarse como una prueba más, sino que se ha establecido como una *regla jurídica de solución* del caso cuando sobrevive una duda razonable. El *in dubio pro reo* es una consecuencia de la duda razonable, esta surge durante la valoración probatoria y aquel se aplica al final del esfuerzo ponderador.

En este caso, la mayoría de la Sala no privilegió cualquier duda sino una duda que el tribunal estableció como “razonable”, dado que emergía de una prueba científica, sustentada suficientemente en el juicio por los expertos, expuesta a la contradicción y no derrotada por otra de mejor calidad epistémica.

Y el magistrado continúa:

10.2. “No, es la falta de *contundencia demostrativa de los medios de convicción que sustentan la acusación* o expresado de otro modo, *la ausencia de por lo menos una prueba directa del comportamiento delictivo* censurado legalmente, lo que da paso a la reivindicación de la presunción de inocencia”⁴⁹.

Observación 12. A las pruebas de la acusación les falta “contundencia demostrativa”⁵⁰, cuando aparece una “duda razonable” en la valoración conjunta de la prueba. La duda, si es razonable, no fruto de estrategias o hipótesis *ad hoc*, resulta suficiente para aplicar el *in dubio pro reo*, porque una sola prueba de la defensa que ofrezca una duda razonable le quita soporte inductivo o de corroboración a la hipótesis acusatoria. Ahora bien, no es la mera presencia o ausencia de la denominada “prueba directa” del hecho o de la responsabilidad lo que le da soporte empírico o racional a la acusación sino el valor de la misma que también puede derivarse de prueba circunstancial.

Múltiples son los casos en que una prueba de ADN o de balística o de hematología forense, construida inductivamente a partir de rastros y circunstancias, brinda mayor seguridad que la denominada “prueba testimonial directa”, pues esta puede aparecer con mayores contingencias que la primera cuando el testigo no es fiable o sincero.

Y agrega:

10.3. “La duda, por su parte, se edificó a partir de una apreciación del resultado de la prueba de serología practicada a N. J. V. y de los testimonios de las peritos Nora Luz Yépez Palacio (Pediatra), Bibiana María Ocampo Granada (Bacterióloga) y Mónica

49 Salvamento, folio 3. Se resalta.

50 Estos vocablos no se compadecen con el lenguaje de la probabilidad inductiva o verdad relativa propia del proceso.

Rosa Trujillo Honeysberg (Infectóloga), *probanzas a partir de las cuales, contrario a lo inferido por la Sala, no se desprende como tesis unívoca y alternativa a la invocada por la Fiscalía que el procesado jamás accedió carnalmente a la niña*".

"En vez de ello, la valoración conforme a mi criterio de las referidas declaraciones –las que quedaron plasmadas en la sentencia de la que me separo– permite establecer que el resultado *del examen médico que se practicó al enjuiciado –serología– no excluye la posibilidad de que no haya estado en contacto –intercambio de fluidos corporales– con la menor*, es decir, esta prueba no tiene la entidad para *deducir [sic] un estado de duda*"⁵¹.

Observación 13. Ciertamente, no puede afirmarse "como tesis unívoca y alternativa a la invocada por la Fiscalía que el procesado jamás accedió carnalmente a la niña", pero tampoco puede afirmarse inequívocamente que sí la accedió carnalmente, enunciado este que es el que realmente debe probarse en un proceso regido por la presunción de inocencia.

La defensa no tenía que probar de manera "unívoca" que el acusado jamás accedió carnalmente a la menor (eso sería invertir la carga de la prueba), sino que le bastaba generar la duda razonable de que ello haya podido ocurrir.

Y termina:

10.4. "Distinto sería que el resultado reactivo de la prueba de serología *indicara una única y exclusiva conclusión científica*, esta es, *que siempre y en toda ocasión*, que la persona se expone al virus se contagia de él, apareciendo por lo tanto reflejado en los anticuerpos IgM e IgG. Sin embargo, no es esto lo que explicaron las expertas convocadas al debate oral".

"Por el contrario, así lo entiendo, *fueron constantes en afirmar que pueden existir falsos negativos*, que puede no haber transcurrido el término de dos a cuatro meses para la producción de los anticuerpos a ser detectados con la prueba, es decir, que la persona puede estar en la '*ventana inmunológica*', que el paciente tenga la infección pero no se detecte gracias a sus condiciones inmunológicas, por ejemplo, porque no cree anticuerpos, que la enfermedad esté latente, haya pasado el lapso en que se muestran los anticuerpos, etc."⁵².

51 Salvamento, folio 4. Se resalta. Si el juicio de valor parte de elementos probatorios concretos, así esté mediado o ayudado por generalizaciones como las reglas de experiencia, la inferencia no puede ser deductiva sino inductiva. Esa tentación de deducir en materia probatoria es la que nos precipita a paralogramismos como el de petición de principio (dar por probado lo que se tiene el deber de probar).

52 Salvamento, folios 4 y 5. Se resalta.

Observación 14. Las “conclusiones únicas y exclusivas” solo se dan en los experimentos atravesados por las que se reputan “leyes científicas”, mas no en el caso de la regla de experiencia científica que, como generalidad o regularidad, puede sufrir excepciones, y en este caso ello no está acreditado de esa manera.

Ahora bien, en esta clase de experimentos epidemiológicos en teoría pueden darse falsos negativos, pero no está probado que este caso era uno de ellos sino que el acusado no portaba el virus, aunque por intuición o prejuicio el juez pensara que podía estar frente a un “falso negativo”. Al fin y al cabo, la prueba –con más veras si es exculpatoria– está basada en la probabilidad inductiva y no en “certezas absolutas” imposibles de reconstruir.