

## **EL PROBLEMA DE LA VERDAD EN MATERIA PENAL**

**GERMÁN PABÓN GÓMEZ**

Abogado del Claustro de Santo Domingo  
de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca. Popayán. Colombia  
Ex - Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

## **Capítulo I**

### **DE LA TEORIA DEL CONOCIMIENTO**

- I. De la teoría del conocimiento en general
- II. Del proceso de conocimiento en concreto
  - 1.- De la fase sensorial
    - 1.1.- De la fase sensorial en el proceso penal
  - 2.- De las fases de abstracción y de concreción
    - 2.1. De la fase de abstracción en el proceso penal
  - 3. De la fase conceptual
    - a.- Del razonamiento
    - b.- Del juicio
    - c.- Del concepto
    - 3.1. De la fase conceptual en el proceso penal
  - 4. De la fase de verificación
    - a.- De la hipótesis
    - b. De la hipótesis y la suposición
    - c. De la hipótesis y la conjetura
  - 5. De la verificación en la investigación criminal
    - 5.1. De la averiguación y la investigación en la verificación
  - 6. De la verificación como suma cognoscente

## **Capítulo II**

### **DE LA VERDAD EN EL CONOCIMIENTO Y DEL CONOCIMIENTO VERDADERO EN EL PROCESO PENAL**

- I. De la verdad objetiva
- II. De la verdad absoluta y la verdad relativa
- III.- De nuestra visión de verdad jurídica en el proceso penal
  - 1. De la verdad jurídica, la teoría del conocimiento y las teorías de la argumentación jurídica en el proceso penal
  - 2.- De nuestra visión de confrontación política a la doctrina sistémico- funcionalista del normativismo purista.

- A. De la verdad jurídica y la verdad relativa en el proceso penal.
- B. De la verdad jurídica y sus contenidos de verdad formal y verdad material.
- C. De la verdad jurídica y sus contenidos acabados e inacabados.
- D. De la verdad jurídica y las denominadas pruebas directas e indirectas.
- E. De los errores de hecho y de derecho.
- F. De la verdad jurídica y fenómenos probatorios con expresiones acabadas e inacabadas.
- G. De la probabilidad.
- H. Del in dubio pro reo.
- I. De la íntima convicción más allá de toda duda razonable.
  - 1. De la íntima convicción y las violaciones al derecho de defensa.
  - 2. De la íntima convicción y las restricciones al in dubio pro reo.
  - 3. De la íntima convicción y la presunción de inocencia.
- J. De la verosimilitud.
- K. De la plena prueba y la certeza.
- L. De la plena prueba
- M. De la certeza.

## Capítulo I

### DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

#### I.- De la teoría del conocimiento en general.-

En la relación del hombre con su realidad material, en donde se encuentran el sujeto que conoce y el objeto por conocer, se tiene claro que en la teoría y práctica del conocimiento, la lógica, la psicología y ontología han desempeñado papel fundamental en las praxis creadoras, aprehensivas y transformadoras que aquél ha realizado a lo largo de su devenir histórico como ser cognoscente, hasta el punto que se puede afirmar que la historia del hombre: es la tradición ininterrumpida<sup>1</sup> del

---

<sup>1</sup> "No ha de perderse de vista que el objeto de conocimiento no permanece inmutable, pues si el acto de conocer consiste en "una correlación entre el sujeto pensante y el objeto pensado, resulta que todo acto auténtico de conocer está irremediabilmente condenado a estar sometido a condiciones que se resuelven de inmediato. Pero a la vez surgen nuevos problemas que crean otra relación y reclaman otra solución más; y así sucesivamente. De tal manera que el conocimiento humano es un encadenamiento de relaciones de determinación de causas y efectos, que a su vez son causas de otros efectos y que a su turno son nuevas causas"

"Esta red de relaciones demuestra que el afán cognoscitivo del hombre no descansa, no está nunca satisfecho, porque siempre busca un objeto definitivo que no le plantee nuevos problemas, "sino que tenga en sí la razón integral de su propio ser y esencia y de todo cuando de él se derive. Este afán de lo "absoluto" no lo satisface la ciencia, que sólo nos da respuestas parciales, fragmentarias o relativas. Este afán de lo absoluto incondicionado es para KANT el ideal del conocimiento, que si bien es inalcanzable, es lo que hace progresar la ciencia, en vista de que el conocimiento científico no es solo un acto, sino una serie escalonada y eslabonada de actos de conocer, susceptibles de completarse unos por otros y de progresar siempre en una relación dinámica y sin fin, lo que explica la naturaleza interminable del conocimiento" MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto Penal y Error*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Reimpresión, 2003, p. 69.

conocimiento<sup>2</sup> del universo, la historia trascendente de la búsqueda de la verdad del conocimiento.

La teoría y praxis del conocimiento proyecta sus dinámicas hacia los supuestos más generales del conocimiento, y fija su atención en la significación objetiva del pensamiento con relación a los objetos por conocer, lo cual traduce que la teoría del conocimiento, pregunta por la verdad del pensamiento, es decir, se interesa por la concordancia del pensamiento con el objeto.

He ahí las esencias que caracterizan a la teoría del conocimiento como la teoría del pensamiento verdadero.

Cuando se habla de teoría del conocimiento se trata del conocimiento humano, praxis social<sup>3</sup>, histórica, concreta, determinada que desarrolla el

---

<sup>2</sup> "El historiador debe ocuparse de los acontecimientos tal y como se desarrollaron efectivamente. ¿Pero qué significa esto? La historia es realmente la conciencia humana, la historia de cómo los hombres han cobrado conciencia de su tiempo y de los hechos que han sucedido; o bien es la historia de cómo las cosas han ocurrido realmente y hubieron de reflejarse en la conciencia humana? Surge de aquí un doble peligro: describir los hechos históricos tal y como debieron ocurrir, esto es, racionalizar y hacer lógica la historia, o narrar acríticamente los acontecimientos sin valorarlos, lo que equivale a abandonar el carácter fundamental de la labor científica, a saber: la distinción de lo esencial y lo accesorio como sentido objetivo de los hechos. La existencia misma de la ciencia depende de la posibilidad de hacer esa distinción. Sin ella no habría ciencia" KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo Concreto*, Enlace-Grijalbo, México, 1967, p. 68.

<sup>3</sup> "La concepción del sujeto cognoscente como sujeto de la práctica social y como producto de la historia social, implica la ideal del papel activo, constructivo de las estructuras del sujeto en la elaboración de los conocimientos y separa al marxismo como gnoseología de cualquier forma de teoría del conocimiento inmediato" (...)

"La concepción del conocimiento como actividad del hombre histórico, que se autocrea en el proceso de la práctica, implica consecuencias esenciales para la intelección de la dialéctica del conocimiento. Cualquier conocimiento está condicionado, en su génesis, por las estructuras lógicas determinadas del sujeto, las estructuras mentales, las estructuras lógicas del pensamiento natural, son el producto de una génesis. Un punto de partida absoluto en el conocimiento no puede ser pensado en esta perspectiva, puesto que no podemos concebir ni las

hombre, en la cual se da una *relación* entre *el sujeto y el objeto*, entre *el sujeto cognoscente y el objeto cognoscible*.

Se trata de una dualidad que se proyectan correspondientes, toda vez que no se puede hablar de conocimiento *sin sujeto, ni sin objeto*<sup>4</sup>.

En todo proceso de conocimiento se correlacionan<sup>5</sup>, *el sujeto cognoscente y el objeto cognoscible*. El sujeto cumple la función de ir, de salir hacia el objeto y aprehenderlo como imagen en su esencia y características fenomenológicas que lo expresan. El objeto cumple la función de ser aprehendido. En esa mirada, el objeto constituye el extremo determinante de referencia, y el sujeto el extremo determinado. Se trata de un proceso que es propio, trascendente y característico a todos los objetos de conocimiento.

---

formas lógicas que estructuran el conocimiento fuera de la materia a la cual estructura, ni una materia del conocimiento fuera de cualquier estructura, bajo la forma de constataciones puras". CÉSAR A. CASTAÑO ARIAS, *Génesis del Conocimiento*, Bogotá, Universidad INCCA de Colombia, 1993, pp. 104.105.

<sup>4</sup> "En el conocimiento están, frente a frente la conciencia el objeto, el sujeto y el objeto. El conocimiento se presenta como una relación entre estos dos miembros, que permanecen en ella eternamente separados el uno del otro. El dualismo del sujeto y objeto pertenece a la esencia del conocimiento"

"Al mismo tiempo, la relación existente entre estos dos miembros es una correlación. El sujeto dolo es sujeto para un objeto y el objeto sólo es objeto para un sujeto. Ambos sólo son lo que son en cuanto son para el otro. Pero esta correlación no es reversible. Ser sujeto es algo completamente distinto que ser objeto. La función del sujeto consiste en aprehender el objeto, la del objeto en ser aprehensible y aprehendido por el sujeto" JOHANNES HESSEN, *Teoría del conocimiento*, Panamericana, Bogotá, 1997, p. 16.

<sup>5</sup> "La raíz entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido tiene una profunda raíz filosófica (...) Por eso ningún conocimiento puede desgajarse de su origen filosófico, pues hace mucho –desde Kant concretamente– que se superó la "cosa en si" como objeto de conocimiento aparte del sujeto cognoscente. Ya hoy se tiene claro que no hay "objeto" y "sujeto" separados, sino una correlación entre ambos. Es en esta correlación, cuando el sujeto se equivoca, donde se sitúa el error" MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, óp. cit., p. 34.

En todo proceso de conocimiento se identifican por separado, *procesos psicológicos, lógicos y ontológicos*, los cuales son inter-actuales, en la medida que los procesos psicológicos, los lógicos, ni los ontológicos por sí solos, resuelven el problema del conocimiento<sup>6</sup>, lo cual traduce que todo proceso de conocimiento, incluido el que se realiza en el proceso penal, no se resuelve en las esferas subjetivistas, ni se puede quedar en los ejercicios de logicidad abstractos, ni reducirse a lo exclusivamente

---

<sup>6</sup> “Como hemos visto, el conocimiento presenta tres elementos principales: el sujeto, la imagen y el objeto. Por el sujeto, el fenómeno del conocimiento toca con la esfera *psicológica*; por la “imagen” con la *lógica*; por el objeto con la *ontológica*:

“Como proceso psicológico en un sujeto, el conocimiento es objeto de la psicología. Sin embargo, se ve en seguida que la psicología no puede resolver el problema de la esencia del conocimiento humano. Pues el conocimiento consiste en una aprehensión espiritual de un objeto (...) Ahora bien, la psicología al investigar los procesos de pensamiento, prescinde por completo de esta referencia al objeto” (...)

“Por cuanto hace referencia a su segundo miembro, el fenómeno del conocimiento se sitúa dentro de la esfera *lógica*. La “imagen” del objeto en el sujeto es un ente lógico y, como tal, objeto de la lógica. Pero también se ve en seguida que la lógica no puede resolver el problema del conocimiento. La lógica investiga los entes lógicos como tales, su arquitectura íntima y sus relaciones mutuas. Inquieta, como ya vimos, la concordancia del pensamiento consigo mismo, no su concordancia con el objeto (...)

“En cuanto a su tercer miembro, el conocimiento humano roza la esfera *ontológica*. El objeto hace frente a la conciencia cognoscente como algo es –trátese de un ser ideal o de un ser real-. El ser, por su parte, es objeto de la ontología. Pero también resulta que la ontología no puede resolver el problema del conocimiento. Pues así como no puede eliminarse del conocimiento el objeto, tampoco puede eliminarse el objeto” (...)

“De acuerdo con lo anterior, ni la lógica, ni la ontología están en capacidad de resolver el problema del conocimiento. Este constituye un hecho totalmente particular e independiente. Si queremos rotularle con un nombre especial, podemos hablar con NICOLAI HARTMANN de un hecho gnoseológico. Lo que significamos con esto es la referencia de nuestro pensamiento a los objetos, la relación del sujeto y el objeto, que no cabe en ninguna de las tres disciplinas nombradas, como se ha visto, y que funda, por tanto, una nueva disciplina: La teoría del conocimiento. También la consideración fenomenológica conduce, pues, a reconocer la teoría del conocimiento como una disciplina filosófica independiente”. JOHANNES HESSEN, *Teoría del conocimiento*, óp. cit., pp. 20 y 21.



fenomenológico, pues el proceso de conocimiento constituye una dialéctica de complejidades inter-relacionadas.

En efecto, la psicología<sup>7</sup> como disciplina científica se ocupa de las causas, efectos, esencia y fenómenos de los procesos de pensamiento que operan en el hombre general y singular. Se trata de objetos de estudio en los que se prescinde de las referencias del objeto.

De otra parte, la lógica como disciplina se ocupa de investigar las formas y contenidos de los procesos de pensamiento correctos, del tratamiento de las leyes que regulan las dinámicas del pensamiento correctos. Su objeto de estudio son las leyes que rigen la formación correcta de las imágenes de los objetos en el sujeto cognoscente.

La lógica<sup>8</sup> ocupa de estudiar la formación correcta de los procesos lógico aprehensivos, de los procesos lógico inferenciales inductivo-deductivos, y

---

<sup>7</sup> “Este género de investigación psicológica sobre el pensamiento es de gran interés gnoseológico, ya que permite el conocimiento de las actividades y estructuras mentales del sujeto epistémico. Con base en las investigaciones de psicología genética, J. Piaget llegó a la conclusión que el sentimiento de obligación que siente el sujeto en un determinado estadio del desarrollo mental individual, de respetar algunas reglas y normas lógicas elementales como son: el principio de la identidad, los esquemas de conservación (conservar el número de elementos de una colección en el caso del cambio de su posición en el espacio, conservar el volumen de un líquido en el caso de su tránsito de un vaso a otro con forma diferente, etc.), la transitividad de las igualdades y desigualdades, la transitividad de las inclusiones en las clases; está ligado a lo que él llama “hechos normativos”, es decir, del funcionamiento de estructuras mentales determinadas. Estas estructuras, que expresan una organización de conjunto de acciones interiorizadas, constituyen el dominio de investigación de la psicología. La psicología genética estudia la construcción de hechos normativos y explica, en términos de las acciones interiorizadas, el respeto de las normas lógicas en la actividad cognitiva del sujeto. La psicología se interesa, en consecuencia, por la deducción como actividad del sujeto epistémico, por las estructuras mentales que hacen posible el pensamiento deductivo elemental”. César A. Castaño Arias, Génesis del conocimiento, Bogotá, Universidad INCCA de Colombia, 1993, p. 28.

<sup>8</sup> “El logicismo se interesa, en primer lugar, por el análisis formal de la relación entre las proposiciones y los conceptos de las teorías científicas. En principio, la

para esos efectos utiliza categorías que dicen relación con características generales de los objetos, y con el origen de las formas y contenidos del pensamiento de cara a la aprehensión de las imágenes de los objetos por parte del sujeto cognoscente.

En otras palabras, la lógica y los procesos de logicidad hacen parte de todo proceso de conocimiento, pero como dinámicas en sí, no resuelven el problema del conocimiento concreto. Por el contrario, de la lógica general o abstracta se deberá dar el paso ascensional hacia la lógica aplicada.<sup>9</sup>

---

función de la lógica de la ciencia es tanto el análisis lógico de la creación científica, como exposición de sus resultados. Las preocupaciones de los promotores de la lógica de la ciencia se orientaron hasta el presente, especialmente hacia la elaboración de métodos de control de rigor y de precisión del lenguaje de la ciencia ya constituida, cuya aplicación podría contribuir a la apropiación de estados reales de la ciencia. El resultado principal de estas preocupaciones fue la elaboración de la semiótica como teoría general de los signos, que estudia las funciones del conocimiento y la comunicación de las lenguas naturales y artificiales. Los dominios de la semiótica coinciden con los grandes capítulos de la lógica moderna (sintaxis y semántica lógica)" César A. Castaño Arias, Bogotá, Universidad INCCA de Colombia, 1993, pp. 29 y 30.

<sup>9</sup> "La lógica, en cambio, se aplica sin dejar de ser general, cuando se ocupa de las reglas del entendimiento para el caso concreto, bajo las condiciones empíricas y subjetivas que enseña la psicología, como la "influencia de los sentidos, el juego de la imaginación, las leyes de la memoria, el poder del hábito, la inclinación, los prejuicios del sujeto, y en general todas las causas verdadera o supuestas de que pueden derivar ciertos conocimiento, que no no referirse sólo al entendimiento necesitan de la experiencia"

"Es la vertiente realista del conocimiento del cual se desprende el empirismo, pues una parte importante de la verdad está en la experiencia. El realismo y el idealismo no pueden marchar cada uno a solas. De manera que el mundo y el hombre no son independientes ni opuestos. La cosa y el conocimiento de la cosa se unen en un nexo y esto lo asumen hoy la filosofía y la epistemología con profusión de argumentos" MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, óp., cit., p. 52.

De otra parte, la ontología dice relación con las existencias ónticas y fenomenológicas de seres de la realidad material y social, pero la ontología, tampoco resuelve por sí sola el problema del conocimiento<sup>10</sup>.

Para la epistemología el proceso de conocimiento constituye *un acto*<sup>11</sup>, *una acción práctica social*<sup>12</sup> e *histórica*<sup>13</sup> de correlaciones complejas e

---

<sup>10</sup> El conocimiento fenomenológico o exterior de las cosas es incompleto. No nos revela su naturaleza interna, su esencia, las leyes su desarrollo. O sea, este conocimiento superficial no nos permite diferenciar en los objetos del conocimiento lo particular de lo general, lo esencial de lo accesorio, lo necesario de lo casual. De ahí que sea indispensable pasar a otro grado del conocimiento cual es el grado ilógico, a través del cual llegamos a reflejar la realidad ya no de manera inmediata y por imágenes sino por medio del pensamiento. La verdadera tarea del conocimiento, puntualiza MAO TSE TUNG, consiste en pasar de la sensación al pensamiento, en llegar hasta la comprensión progresiva de las contradicciones internas de las cosas y de los fenómenos que existen objetivamente, hasta la explicación de sus leyes, de la relación interna de los diferentes procesos, es decir, consiste en llegar al conocimiento lógico” Y agrega: el conocimiento lógico difiere del conocimiento sensible en que este abarca aspectos aislados de las cosas y fenómenos, su aspecto exterior, la relación externa de los fenómenos, mientras que el conocimiento lógico, dando un enorme paso adelante, abarca las cosas por entero, su esencia y la relación interna de las cosas, se eleva hasta poner en evidencia las contradicciones internas del mundo que nos rodea y así puede llegar a dominar el desarrollo de ese mundo en su integridad con sus relaciones internas de todos los aspectos” JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA, *Las pruebas en el proceso penal*, Parte General, 4ª Edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 283.

<sup>11</sup> “En primer lugar, conocer es un acto; hay que definirlo así si es que el acto es el primer sentido del ser, y la verdad un sentido derivado o segundo. Pero se trata de un acto especial, distinto del acto imperfecto o movimiento (...) El conocimiento, por consiguiente, es un acto perfecto, *energeia* o *praxis te leia*. Andar, edificar, caminar, en cambio, son ejemplos de movimiento, *kínesis*. Cuando se llega a un lugar no tiene sentido seguir andando, porque el movimiento era sólo el medio para ello; cuando se piensa y se ha pensado, en cambio, se sigue pensando, porque este acto no es medio para otra cosa, sino que es un fin en sí mismo” RAFAEL CORAZÓN GONZÁLEZ, *Filosofía del conocimiento*, Pamplona, Iniciación Filosófica, Universidad de Navarra, S.A., 2002, pp. 47 y 48.

<sup>12</sup> “El sujeto que conoce el mundo y para el cual éste existe como un cosmos u orden divino o totalidad, es siempre un sujeto social, y la actividad que conoce la realidad natural y humano-social es la actividad de un sujeto social. La separación de sociedad y naturaleza marcha al unísono con la incompreensión de que la realidad humano-social es tan real como la nebulosa, los átomos y las estrellas, aunque no sea la misma realidad” KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo concreto*, óp. cit., p. 65.

inter-actuales. Se trata de un proceso en el que no es dable eliminar al objeto ni al sujeto histórico, toda vez que ellos constituyen los extremos de todo proceso de conocimiento.

Como se observa, se trata de una dialéctica de causas y efectos cognoscitivos, en la cual en el sujeto se involucran procesos psicológicos, y respecto de procesos de formación correcta de pensamientos e imágenes que de los objetos son captadas y aprehendidas por aquél, se involucran los procesos lógicos en cuanto tienen que ver con las formas y contenidos del pensamiento correcto.

Para la teoría del conocimiento, el proceso no se agota en la simple relación del sujeto cognoscente con el objeto de conocimiento.

Por el contrario, lo que en últimas interesa a la teoría del conocimiento son los problemas de la verdad del conocimiento y del conocimiento verdadero, esto es, el problema de la verdad y sus contenidos trascendentes<sup>14</sup> en cuyos contenidos objetivos y subjetivos habrán de

---

<sup>13</sup> "Sólo el ser humano es histórico, tal afirmación es cierta y patente cuando su proceso biológico lo capacita para el trabajo y comienza la actividad creadora y transformadora, el hombre supera la naturaleza y entra en relaciones sociales históricas y objetivas" ERNESTO SAA VELASCO, *Los procesos políticos colombianos y sus hombres*, Universidad del Cauca, Popayán, 1984, p. 15.

<sup>14</sup> "La verdad es ante todo una adecuación, una conveniencia o conformación entre dos términos, el ente y el entendimiento. Esto significa, en primer lugar, que el ente, lo real es inteligible, que puede adecuarse a todo entendimiento. La cognoscibilidad es, pues, una propiedad del ser, una propiedad trascendental, pues conviene a todo ente por el hecho de serlo y no por otro motivo. La verdad es, por tanto un un trascendental, por eso ens et verum convertuntur, el ser y la verdad coinciden, si bien cuanto conceptos son diferentes, pues el término ente aplica a lo real en cuanto existe y el término verdadero en cuanto que puede adecuarse al entendimiento. Por eso se dice que la verdad es una propiedad trascendental, porque no es por ella por la que el ente es real, sino por la que siendo real, además es cognoscible" RAFAEL CORAZÓN GONZÁLEZ, *Filosofía del conocimiento*, óp. cit., pp. 140 y 141.

residir concordancias y correspondencias de la imagen aprehendida con la realidad material que fue objeto de aprehensión y conocimiento.

## II.- Del proceso de conocimiento en concreto.-

Partiendo de la dialéctica en la cual se comprende que el proceso de conocimiento se erige como una acción intencional<sup>15</sup> de praxis social<sup>16</sup> histórica material concreta, toda vez que en aquel se correlacionan un sujeto con capacidades, posibilidades, probabilidades cognoscitivas singulares y determinadas; sujeto que debe verse no separado, sino correlacionado con los objetos de conocimiento concretos de la realidad material y social, y partiendo de la aceptación que en ese proceso interactúan procesos psicológicos, lógicos y ontológicos; corresponde

---

<sup>15</sup> “Pero esa posesión es intencional. Este término es clave para comprender bien en qué consiste el conocimiento. En primer lugar, conocer es siempre, necesariamente, conocer algo, es decir, el conocimiento no se refiere a sí mismo sino a lo conocido. Lo conocido no es nunca, directamente, el propio acto de conocer, ni el objeto, porque éste no es más que el mismo acto de conocer en cuanto ejercido.

“En el conocimiento lo intencional no es el acto, que es posesivo, sino el objeto. En cuanto que se posee el objeto, se conoce algo, aquello a lo que remite el objeto” RAFAEL CORAZÓN GONZÁLEZ, *Filosofía del conocimiento*, óp. cit., p. 49.

<sup>16</sup> “La práctica es, en su esencia y generalidad, la revelación del secreto del hombre como ser onto-creador, como ser que crea la realidad (humano-social), y comprende y explica por ello la realidad (humana y no humana, la realidad en su totalidad). La praxis del hombre no es una actividad práctica opuesta a la teoría, sino que es la determinación de la existencia humana como transformación de la realidad”.

“La práctica es activa y produce históricamente –es decir, continuamente renueva y constituye prácticamente- la unidad del hombre y del mundo, de la materia y del espíritu, del sujeto y del objeto, del producto y de la productividad. Por cuanto que la realidad humano-social es creada por la praxis, la historia se presenta como un proceso práctico, en el curso del cual lo humano se distingue de lo no humano, o sea, lo que es humano o no humano no se encuentra ya pre-determinado, sino que se determinan en la historia a través de una diferenciación práctica” KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo concreto*, óp. cit., p. 240.

ocuparnos de las generalidades de las *fases psicológicas, lógicas y ontológicas* que se presentan en el proceso de conocimiento, las cuales como eslabones construyen el tránsito dialéctico que va desde la ignorancia hacia el conocimiento verdadero<sup>17</sup>.

### 1.- De la fase sensorial.-

La teoría dialéctica materialista del conocimiento parte del postulado que el conocimiento que tenemos del mundo exterior es producto de la actividad cerebral del hombre<sup>18</sup>, esto es, que la conciencia como reflejo del mundo material, *“solo surge y se forma en el cerebro en virtud de los nexos materiales que ligan a este con el mundo exterior”*<sup>19</sup>.

Es principio fundamental del materialismo dialéctico: *“el hecho de que el conocimiento es un reflejo del mundo en la conciencia del hombre, inseparable del cambio del objeto de conocimiento en el curso de la*

---

<sup>17</sup> “En todo caso “el último elemento del conocimiento –enseña GARCÍA MORENTE- es el de la verdad del conocimiento. En este caso la verdad del conocimiento consiste en que el conocimiento *concuere* con el objeto; o mejor dicho, consiste en que la relación del conocimiento el pensamiento formado por el sujeto, en vista del objeto, concuerde con el objeto. Esta concordancia del pensamiento con el objeto ha sido considerada en la filosofía como el criterio de verdad”. Debe haber una concordancia entre lo que se presume es el objeto y lo que el objeto es. Cuando se habla de conocimiento se supone que es el conocimiento de algo verdadero y no del conocimiento de lo falso o de la nada. Ese algo debe ser lo que la mayoría piensa que deber ser, o sea la regla general y objetiva” MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, óp. cit., p. 43.

<sup>18</sup> “Lo psíquico es producto de la actividad del cerebro. Así lo atestigua, ante todo, el hecho de que los fenómenos psíquicos aparezcan solamente en los seres vivos normales, que poseen sistema nervioso” (...) “Así pues, la conciencia es un producto del cerebro, de la materia altamente organizada; una función del órgano cerebral. Y éste, a su vez, el órgano de la conciencia, del pensamiento” F.V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de la filosofía marxista*, México, Grijalbo, 1984, pp. 155 y 156.

<sup>19</sup> F.V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de la filosofía marxista*, óp. cit., p. 160.

*práctica social*<sup>20</sup>, toda vez que el conocimiento como acto y praxis social le posibilita al hombre *ir allá*, pero por sobre todo *ir más allá* de la simple relación *sujeto-objeto*, y como tal, constituye la base de la formación y fuente del saber, como la base de los criterios de verdad. Es pues, en y por la praxis social trascendente en la que se construye, proyecta y dinamiza, el técnico, el maestro y qué no decir el científico.

Ahora bien, si en el proceso de conocimiento *“el sujeto sale de sí hacia el objeto para captarlo mediante el pensamiento”*. Si, *“el sujeto da de sí un pensamiento del objeto, y desde otro lado, el objeto va hacia el sujeto, y se entrega al sujeto, y se imprime en el sujeto en forma tal que produce una modificación en el sujeto que es el pensamiento”*. Si en dicha correlación, *ya no tenemos solos al sujeto y el objeto, sino que ahora tenemos el pensamiento, que es la modificación que el sujeto ha producido en sí mismo al salir hacia el objeto para apoderarse de él*; y si se comprende que *“el conocimiento se produce, pues, por una acción recíproca del objeto sobre el sujeto y del sujeto sobre el objeto”*, en tanto que *“el objeto no es objeto para el sujeto sino en tanto empieza por lo menos a ser conocido”*<sup>21</sup>:

Partiendo de lo anterior se comprende que la fase inicial<sup>22</sup> del proceso de conocimiento es la sensorial, toda vez que los contenidos del pensamiento lo integran las senso-percepciones transformadas del conocimiento sensorial<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> A. G. SPIRKIN, *Materialismo dialéctico y lógica dialéctica*, México, Grijalbo, 1983, pp. 41, 43.

<sup>21</sup> MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, óp. cit., p. 35.

<sup>22</sup> “El conocimiento perceptivo es el primer nivel del conocimiento, la base sobre la cual se constituyen los otros niveles, el empírico y el nivel teórico del conocimiento abstracto” CÉSAR A. CASTAÑO ARIAS, *Génesis del conocimiento*, óp. cit., p. 140.

<sup>23</sup> “El proceso de conocimiento comienza con la sensación y la percepción, es decir, con los grados sensoriales y se eleva el nivel de pensamiento lógico abstracto, el cual parte de la sensoriedad y rebasando sus límites, no se divorcia nunca de ella.

En esa medida, podemos captar que el proceso de conocimiento se inicia con la fase sensorial en la cual el hombre por medio de los órganos de los sentidos que constituyen las antenas de recepción de indistintas vibraciones cósmicas, aprehende sensaciones y logra percibir lo que los universos le proyectan como reflejos, los cuales al transformarse en pensamientos y lenguaje constituyen una unidad dialéctica escalonada y ascendente en tránsito ininterrumpido hacia las esferas más complejas de lo cognoscitivo.

Corresponde subrayar que las dialécticas sensoriales perceptivas<sup>24</sup> no son inseparables de la praxis social, pues todas las actividades que realiza el hombre de manera individual o colectiva, incluidas las teóricas, son creadoras, y por virtud del principio de evolución trascendente, apuntan a la transformación de la realidad material y social circundante en el objetivo de poner los conocimientos al servicio de la humanidad. No obstante lo anterior, ha lugar a captar que la utilización del conocimiento,

---

El paso del conocimiento sensorial al pensamiento lógico es un salto del conocimiento de lo individual, casual y exterior, al conocimiento generalizado de lo sustancial y sometido a leyes, de las formas tangibles del reflejo a aquellas formas que se hallan desprovistas de la sustancia de *sensoriedad*. En el pensamiento se produce la transformación de la contemplación y la representación en conceptos, y las propiedades y relaciones lógicas entre las cosas, ocultas en el grado sensorial del conocimiento, son descubiertas por la conciencia precisamente en el pensamiento". Y complementa: "El pensamiento humano es un fenómeno histórico que supone la sucesión de los conocimientos adquiridos de generación en generación, y por consiguiente la posibilidad de fijarlos con los recursos de la lengua. El conocimiento del mundo de un individuo es mediatizado, en todos los sentidos, a través del desarrollo del conocimiento del mundo por toda la humanidad" A. G. SPIRKIN, óp. cit., p. 42

<sup>24</sup> "Las sensaciones constituyen la forma elemental de la conciencia, sobre cuya base surgen todos los demás fenómenos, más complejos, de ella. Sin las sensaciones sería imposible el conocimiento. Sólo mediante las sensaciones adquiere la conciencia su contenido entero y toda su riqueza. Cuanto más amplios y diversos sean los vínculos que la unen al mundo material circundante, tanto más empapada estará de contenido" (...)

"La percepción del mundo por el hombre no es pasiva, contemplativa. F.V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de la filosofía marxista*, óp. cit., pp., 161 y 165.



de igual, debe ser visto desde sus opuestos, esto es, en los eventos en que se realiza contra la naturaleza, contra el hombre y la sociedad.

Los seres de la realidad material (natural y social) producen en el sujeto cognoscente, indistintas sensaciones como reflejos de sus propiedades y características tanto esenciales como fenomenológicas que los identifican y diferencian.

Las senso-percepciones constituyen un complejo que se ligan y proyectan correspondientes a las propiedades y características de las ontologías que provocan la senso-percepción. A cada ontología, vista en sus esencias y fenómenos que la expresan, corresponden en el sujeto cognoscente determinadas percepciones, las cuales podrán ser reales o deformadas, acabadas o inacabadas, totales o parciales.

En ocasiones el cerebro humano posee la facultad de formar imágenes y pensamientos que no corresponden con la realidad material<sup>25</sup>; circunstancia en la que antes que hablarse de senso-percepciones se trata de distorsiones reflectivas, escenario en el que tienen cabida errores cognoscitivos, los cuales se presentan cuando las impresiones no representan la verdad.

Se trata de efectos que se consolidan al decir de SALAZAR MARÍN, *“dada la influencia de los factores intermedios entre el sujeto y el objeto, como son los defectos de percepción, las imágenes complementarias, los prejuicios y las interpolaciones del pensamiento del sujeto”*<sup>26</sup>; y que de igual se presentan por efectos de alteraciones de la percepción<sup>27</sup>, patologías de la

---

<sup>25</sup> Cfr. F.V. KONSTANTINOV, óp. cit., p. 165.

<sup>26</sup> MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, óp. cit., p. 71.

<sup>27</sup> “Entre las alteraciones de la percepción son especialmente importantes las llamadas equivocaciones de los órganos de los sentidos, las ilusiones y las

memoria<sup>28</sup>, del pensamiento y la atención. Se trata de factores que como condicionantes y determinantes constituyen fuentes de errores sensoriales perceptivos con los efectos de traducirse en errores cognoscitivos.

---

alucinaciones. La ilusión es una percepción deformada, o sea una percepción en la que existe el estímulo, pero éste se percibe deformado, equivocadamente" (...) "Se denominan alucinaciones verdaderas los trastornos de la percepción consistentes en que el objeto de la falsa percepción se localiza fuera de la cabeza del enfermo, se proyecta a un lugar determinado del espacio. Las alucinaciones verdaderas se observan en las más variadas enfermedades psíquicas. Todos los engaños de la percepción sean alucinaciones o ilusiones, se dividen en visuales, auditivos, táctiles, del olor y del sabor. Hay que incluir también las alucinaciones e ilusiones somáticas, que son percepciones patológicas procedentes de los órganos internos basadas en trastornos de la iterorrecepción" I.F. SLUCHEVSKY, *Psiquiatría*, México, Grijalbo, 1960, pp. 51.52.

<sup>28</sup> "La patología de la memoria se manifiesta en la hipermnésia, la hipomnésia, la amnesia y la paramnésia. La hipermnésia, o agudización de la memoria se observa en algunas enfermedades psíquicas. Este término hay que entenderlo en sentido convencional, ya que no se trata de una intensificación de la memoria en general, sino solamente de su forma inferior, o sea de la mecánica; las asociaciones de semejanza y contigüidad en el espacio y el tiempo cobran mayor vida a expensas de la forma superior, la memoria lógico-racional que se debilita" (...) "Los fenómenos de la hipermnésia se observan sobre todo en los estados maniácos. El enfermo maniaco reproduce algunos detalles muy exactos de los acontecimientos de su vida pasada basándose en la memoria mecánica, en las leyes de las asociaciones por semejanza y por contigüidad" (...) Las hipermnésias se observan también en los casos con delirios sistematizados. Lo característico de estos enfermos es que recuerdan detalles de su vida pasada que antes de la enfermedad no hubieran podido recordar" (...) "La hipomnésia se observa en muchas personas viejas" (...) "La hipomnésia es muy frecuente en algunas enfermedades psíquicas. Se desarrolla de ordinario siguiendo un orden determinado y muy característico. Ante todo, padece la memoria con respecto a los acontecimientos de un pasado próximo, y por esto la hipomnésia se manifiesta mejor al explorar el proceso de fijación. Mucho tiempo después se pierde la memoria de los acontecimientos que no están ligados directamente con la personalidad del enfermo" (...) "Se denomina amnesia a la falta de recuerdos. Las amnesias se refieren a periodos determinados y se dividen en retrógradas y anterógradas. Es amnesia retrógrada la falta de recuerdos que se extiende a algún periodo anterior al comienzo de la enfermedad psíquica. En la amnesia anterógrada el enfermo no recuerda lo que sucedió y sucede después de comenzar la enfermedad psíquica" I.F. SLUCHEVSKY, *Psiquiatría*, óp. cit., pp. 62.63.

En otras palabras, los factores de origen externo o interno que se interponen en la correlación normal entre el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento, menoscaban la objetividad de la senso-percepción y aprehensión que caracteriza esa relación.

Es pues, en la relación hombre-mundo material donde se generan los estímulos nerviosos sobre los órganos de los sentidos, correlación según la cual, por virtud del principio universal del reflejo, aquellos condicionan y determinan todas las formas de la actividad psíquica, todas las formas de conciencia<sup>29</sup>, generando las sensaciones<sup>30</sup>; fenómenos que se ligan a las actividades nerviosas superiores del cerebro<sup>31</sup>.

SLUCHEVSKY, al respecto escribe:

---

<sup>29</sup> "El materialismo dialéctico nos dice que la conciencia es una cualidad del cerebro humano con ayuda de la cual se refleja en el hombre el mundo que le rodea. La base fisiológica de la teoría del reflejo, propia del materialismo dialéctico, es la doctrina de PÁVLOV sobre la actividad nerviosa superior, según la cual el principio universal del reflejo determina todas las formas de la actividad psíquica, o sea todas las formas de conciencia" I.F. SLUCHEVSKY, *Psiquiatría*, México, Grijalbo, 1960, p. 49.

<sup>30</sup> "La excitación, que aparece como resultado de la acción de uno u otro estímulo sobre los aparatos periféricos del sistema nervioso, distribuidos en los órganos del cuerpo, llega a la corteza cerebral. Este proceso se denomina sensación. Las sensaciones son las imágenes de cualidades aisladas de los objetos y fenómenos del mundo que rodea al hombre y de los procesos que se desarrollan en su organismo. Son el origen de toda la actividad psíquica humana, y todas las formas de conciencia, proceden de ellas". I.F. SLUCHEVSKY, *Psiquiatría*, óp. cit., p. 49.

<sup>31</sup> "Debemos insistir en señalar que uno de los productos o resultados de esta relación entre el cerebro y el medio exterior es precisamente el fenómeno psíquico. La actividad psíquica no surge del cerebro como si este fabricara de la nada. Los fenómenos psíquicos se presentan sólo como consecuencia de la acción de estímulos que ejercen sobre el cerebro. Sin estímulos, sin realidad anterior que excite, no hay ni puede haber fenómenos psíquicos". MIGUEL SORÍN, *Los fenómenos psíquicos*, Buenos Aires, Editorial Cartago, 1965, Págs. 38 y 39.

*“El hombre tiene los siguientes tipos de sensaciones: auditivas, visuales, de sabor, de olor, de temperatura, dolorosas, interoceptivas y propioceptivas”.*

*“Las sensaciones son los procesos psíquicos más sencillos, de éstos derivan los más complicados que, en su conjunto, forman la conciencia del individuo, o sea su actividad refleja. La conciencia se manifiesta en formas distintas: como percepción, con la ayuda de la cual en el individuo se reflejan no solamente las cualidades de los objetos, sino los objetos completos; la memoria gracias a la cual se reflejan los objetos y fenómenos percibidos antes; y el pensamiento, con ayuda del cual se reflejan las interdependencias de los objetos y fenómenos sus relaciones internas y su esencia”.*

*“En los sentimientos del individuo se manifiesta su actitud subjetiva hacia el mundo reflejado, y con su actividad realiza la transformación de este último. La conciencia en todas las formas enumeradas, se desarrolló en el hombre mediante el trabajo y sobre la base de las relaciones sociales. La conciencia diferencia al hombre de los animales, y esta diferencia viene condicionada en primer lugar, por la existencia en el hombre del segundo sistema de señales, el cual infunde a todas las formas de actividad refleja unas cualidades superiores que no existen en los animales”<sup>32</sup>.*

La fase sensorial constituye la etapa inicial del proceso de conocimiento<sup>33</sup>. Es el escenario objetivo-subjetivo en el que tienen desarrollo las

---

<sup>32</sup> Cfr. I.F. SLUCHEVSKY, *Psiquiatría*, Editorial Grijalbo, México, 1960, pág. 49.

<sup>33</sup> “Las observaciones que hacemos acerca de los objetos sensibles externos, o acerca de las operaciones internas de nuestra mente, que percibimos, y sobre las cuales reflexionamos nosotros mismos, es lo que provee a nuestro entendimiento de todos los materiales del pensar. Éstas son las dos fuentes del conocimiento de donde dimanar las ideas que tenemos o que podemos naturalmente tener” JOHN LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pág. 83.

sensaciones y percepciones mediante las cuales se forma la conciencia, entendida como un proceso único en el que las formas de la actividad refleja se manifiestan en su totalidad concreto-relativa; conciencia o universalidad de conciencia en la que tiene lugar el pensamiento y el lenguaje. Este último en sus contenidos se entiende como la forma superior de la actividad de los reflejos, a través del cual se puede llegar a determinar los nexos internos y externos, esenciales y fenomenológicos existentes entre los objetos y fenómenos del mundo que rodean al hombre.

A partir, de la fase sensorial perceptiva del conocimiento y sus actuantes como *la conciencia, el pensamiento y lenguaje* se comienzan a proyectar procesos de *análisis, síntesis y generalización* en expresiones de *distinción, diferenciación, asociación, comparación, abstracción y concreción*. Se trata de operaciones subjetivas y objetivas que constituyen la base de los pensamientos en su tránsito hacia la formación de los conocimientos *lógicos conceptuales*.

### **1.1.- De la fase sensorial en el proceso penal.-**

Dada la existencia de disciplinas criminalísticas es evidente que en la actualidad contamos con un universo de conocimientos sistematizados y tecnificados que reflejan un altísimo desarrollo y organización de los quehaceres investigativos, con suficiente capacidad, con los cuales se afrontan procesos de averiguación, esclarecimiento y verificación de los estados de conductas punibles acaecidas, las cuales constituyen objetos de interés penal.

Puede afirmarse que lo que se afronta en cada proceso penal es un verdadero proceso de conocimiento<sup>34</sup>, cuyo objeto de estudio lo constituyen las relaciones de conducta de una persona o personas respecto de un bien o bienes jurídico-penalmente tutelados.

En esa medida, los objetos de interés son *desvalores de acción y resultado*, los cuales como referentes de verdad y conocimiento habrán de ser aprehendidos en sus aspectos esenciales, no esenciales, principales, accesorios, generales, particulares, singulares, nexos externos e internos; aspectos en los que el protagonista es el hombre y los procesos de acción u omisión que hubiera exteriorizado en específicas circunstancias de espacio, modo, tiempo y lugar.

La fase sensorial<sup>35</sup> en el proceso penal acusatorio dice relación con la actividad perceptiva que efectúan el investigador y el juzgador en punto de observación de contenidos de medios de prueba recaudados y debatidos públicamente en el juicio oral, esto es, con las sensaciones y

---

<sup>34</sup> "La función judicial y particularmente la penal, difiere conforme a ello de todas las demás funciones del estado porque es una actividad cognoscitiva, donde las elecciones y las deiciones vienen justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos pero siempre referidos, como en cualquier otra forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva. Es claro que, a diferencia del conocimiento científico, las decisiones sobre la verdad que intervienen en el juicio penal expresan un poder, dado que forman el presupuesto del silogismo práctico que concluye con un fallo, sea de absolucón o de condena. Se trata sin embargo de un poder de comprobación o de verificación distinto de cualquier otro poder público y típicamente propio de la función judicial" LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 69.

<sup>35</sup> "La sensación es el reflejo de las propiedades, particularidades y aspectos singulares de los objetos; expresan la conexión directa de la conciencia con el mundo exterior. La percepción refleja el objeto en toda su integridad sensitiva, con el conjunto de aspectos y particularidades exteriores, contiene elementos de generalización. La representación es la producción en la conciencia del hombre de lo percibido anteriormente, o la imagen reproducida del objeto que alguna vez fue percibido directamente" JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA, *Las pruebas en el proceso penal*, Parte General, 4ª Edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 282.

percepciones de rastros, huellas, vestigios, objetos y fenómenos que reflejan las expresiones objetivas o subjetivas por separado o integradas del estado de conductas acaecidas, objeto de juzgamiento.

La importancia de esta fase estriba en que se debe realizar de manera personal por el titular de la función de juzgar, dando desarrollo y cumplimiento a los principios de *oralidad*, *concentración*, *publicidad*, *contradicción*, y especial al de *inmediación*<sup>36</sup>, principio último en el que tiene lugar *"la relación, el contacto inmediato, entre juzgador y sujetos y también con las cosas del proceso"*, relación que "es indispensable", toda vez que *"no se puede juzgar lo que no se conoce y no se conoce lo que llega mediatizado, a través o con la interposición de un diagrama"*<sup>37</sup>.

La intermediación perceptiva de los medios de prueba proyecta interacción con los procesos de conciencia, potencia los procesos de *abstracción* y *concreción* a través de los cuales los sujetos procesales comienzan a aplicar *análisis*, *síntesis*, *distinción*, *diferenciación*, *comparaciones* y *exclusiones*, en orden al tránsito y transformación del conocimiento sensorial hacia el *lógico conceptual*.

---

<sup>36</sup> "El principio de intermediación en su aspecto subjetivo, permite que el órgano judicial sentenciador pueda obtener una visión completa del medio probatorio concreto cuya práctica preside. Así, cuando se trate de declaraciones testificales le permitirá no sólo conocer el contenido de la declaración sino, también, la actitud adoptada por el testigo durante sus manifestaciones, el todo de voz empleado, las vacilaciones, dudas o silencios, etc., extremos, todos ellos que pueden tener influencia decisiva en la opinión que se forme el Tribunal acerca de la credibilidad o verosimilitud de sus manifestaciones" MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 271.272.

<sup>37</sup> SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1978, p. 476.

La inmediación<sup>38</sup> sensorial del juez respecto de los medios de prueba que tengan relación de conducencia con el objeto de conocimiento, constituye expresión del respeto del principio de necesidad de la prueba; postulado rector en el que no tienen cabida suposiciones ni omisiones de prueba, ni los conocimientos privados que el juzgador tenga de los hechos.

El contacto directo del juez con los fenómenos probatorios le *“permitirá una mayor y abundante captación de elementos y circunstancias y un proceso discursivo más lógico, racional y veraz”*<sup>39</sup>. En igual sentido le posibilitará singularizar la adecuación de las expresiones subjetivas y objetivas al concepto unitario de injusto penal, esto es, a las adecuaciones típicas, antijurídicas y culpables, o dentro de la estructura de alguna de sus categorías excluyentes.

En otras palabras, la inmediación<sup>40</sup> en el proceso constituye el inicio del proceso de conocimiento, cuyo objetivo último es la verdad material

---

<sup>38</sup> “Para la eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero su admisibilidad e interviniendo luego en su práctica. Este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba” (...) “La inmediación es un principio general del proceso, pero su importancia se acrecienta con relación con la prueba, tanto en el proceso civil como en el penal” (...) “La inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales, indicios, interrogatorio a las partes y a los peritos”. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, Editor, 1976, p. 128.

<sup>39</sup> GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, *Curso de derecho probatorio*, Bogotá, Librería El Profesional, 1983, p. 17.

<sup>40</sup> “La inmediación hace aconsejable que el juez instructor, civil o penal, sea quien dicte la sentencia de fondo, como lo observó hace más de un siglo JEREMÍAS BENTHAM, porque la reunión de las pruebas se relaciona íntimamente con la decisión, ya que aquella es el medio para llegar a ésta y su apreciación correcta es más posible por quien ha intervenido en su recepción. Como dice Framarino Dei Malatesta, “para que la voz de las pruebas llegue sin alteración al ánimo del juez, es menester que ellas se presenten en cuanto sea posible, de manera inmediata al juzgador, a fin de que éste pueda examinarlas directamente y no a través de la



traducida en verdad jurídica, y por sobre todo traducida en prevalencia del derecho sustancial; debida sustancialidad que podrá ser de absolución o condena.

Es preciso subrayar que la inmediatez en la recepción de la prueba constituye fundamento para su libre apreciación. Con razón GERARD WALTER, manifiesta: *“Una apreciación de la prueba verdaderamente libre que merezca ese nombre y que no esté simplemente contenida en una ordenanza procesal como un credo falso, tiene por presupuestos necesarios, que exista el contacto inmediato y oral entre los jueces por un lado y las partes y los demás medios de prueba por el otro. Solo sobre esta base juntamente con la publicidad de procedimiento establecido como principio, estará salvaguardado el máximo éxito del juez en la búsqueda de la verdad”*<sup>41</sup>.

Y, ANDREI VISHINSKI, al respecto escribe:

*“El juez, como todo hombre que percibe lo circundante, el mundo exterior, juzga bajo la influencia de sus impresiones, las cuales actúan en su voluntad y determinan las decisiones que adopta y el contenido de su convicción” (...)* *“ De las impresiones, las sensaciones y los sentimientos provocados en el juez por los fenómenos de distinta índole que pueden presentarse en el proceso judicial en calidad de pruebas, se forma la opinión el juez sobre los fenómenos investigados en el proceso, sobre la conexión de estos fenómenos con los demás. De estas impresiones o sensaciones el juez forma ideas que toman cuerpo en su conciencia en*

---

indecisa penumbra de las impresiones de otras personas, o de las equívocas expresiones de otras cosas” HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, óp. cit., p. 129.

<sup>41</sup> GERHARD WALTER, *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, Temis, 1985, p. 363.

*calidad de criterio concreto de las cosas, como su convicción denominada habitualmente “convicción íntima”<sup>42</sup>*

Conforme a la dialéctica del conocimiento, entendemos que el proceso de conocimiento no se reduce a las meras sensaciones, y que esta fase se liga a procesos asociativos de aprehensiones cognoscitivas anteriores, y sigue su curso hacia las fases de *abstracción, conceptual y verificación*; fases que en virtud del análisis, síntesis, diferenciación, comparación y exclusión, etc., *“nos permiten penetrar en las profundidades de las cosas, distinguir en ellas sus lados esenciales y no esenciales, diferenciar lo exterior frecuentemente ilusorio y engañoso de lo interno, lo más importante y decisivo de las cosas”<sup>43</sup>*.

Así pues, las sensaciones y expresiones de conciencia como productos de experiencias sensoriales no constituyen hechos aislados, estáticos, ni mecánicos; todo lo contrario, siguen su curso hacia elaboraciones de lo abstracto y lo concreto, paso previo a los ejercicios de conceptualización y verificación.

## **2. De las fases de abstracción y concreción.-**

Bajo el postulado en sentido que el proceso de conocimiento no es una mera sensación, ni simple sumatoria de percepciones, pues ello implicaría reducirlo a la información mecánica y refleja de las exterioridades, se comprende que el paso siguiente se proyecta hacia la aprehensión de los aspectos internos, esenciales, no esenciales, principales, accesorios,

---

<sup>42</sup> ANDREI VISHINSKI, *La teoría de la prueba*, Montevideo, Editorial Pueblos Unidos, 1950, p. 196.

<sup>43</sup> M. ROSENTAL, *Qué es la teoría marxista del conocimiento* (s.p.i.), p. 50.

característicos de los objetos dados en sus contenidos concretos a efecto de identificarlos y diferenciarlos de otras fenomenologías.

Esa actividad, como advierte ROSENAL, se cumple gracias a *“la operación mental de mayor importancia y dotada de una enorme capacidad de conocimiento”* como *“es la abstracción científica”*; dialéctica en la que se traduce que *“la fuerza de la actividad generalizadora del raciocinio humano consiste precisamente en que no se detiene en un objeto único, sino en una cantidad de ellos, y abstrayéndose de las propiedades exteriores y accidentales, encuentra, destaca y sintetiza racionalmente sus peculiaridades sustanciales”*<sup>44</sup>.

En efecto, en el proceso de conocimiento tras la experiencia *de lo sensorial*, se interrelaciona la experiencia *de lo racional*; dinámica que habrá de verse en una perfecta unidad, esto es, no como fases separadas, sino complementarias e interactuantes que participan inescindiblemente en todo proceso de conocimiento.

La unidad del *conocimiento sensorial y racional* expresan el proceso histórico del proceso de conocimiento, mediante el cual el éste va de lo sensorial a lo racional y se manifiesta en forma de pensamientos y, en cuyo tránsito de lo empírico a lo teórico *“se produce el cambio cualitativo en la índole de la propia imagen cognoscitiva, en cuanto a la profundidad, plenitud y exactitud con que se refleja el objeto”*<sup>45</sup>.

En el proceso de formación del conocimiento racional, desempeñan papel fundamental la fase de *abstracción* y su correlativa fase de *concreción*<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> M. ROSENAL, óp, cit., pp. 51 y 52.

<sup>45</sup> P.V.KOPNIN, *Lógica dialéctica*, México, Grijalbo, 1966, pág. 149.

<sup>46</sup> “Lo concreto y lo abstracto no pueden separarse, son dos aspectos solidarios, dos caracteres inseparables del conocimiento. Sin cesar, pasan del uno al otro: lo

Por medio de la *abstracción*, el sujeto cognoscente se separa de lo concreto sensorial y efectúa generalizaciones en orden a la aprehensión de las características generales que identifican al objeto de conocimiento.

La finalidad de la *abstracción* no consiste en generalizar, ni en aislar unos de otros los caracteres o propiedades del objeto percibido. Por el contrario, *“en una abstracción verdadera no se aísla simplemente un rasgo del objeto percibido por los sentidos, sino que tras la percepción sensible se descubren las propiedades, las facetas, los caracteres y las relaciones que constituyen la esencia del objeto. El fin de la abstracción no es el de separar unos de otros los rasgos percibidos sensorialmente, sino descubrir, por medio de los mismos, nuevas facetas en el objeto, facetas que expresen relaciones esenciales”*<sup>47</sup>.

A su vez, el proceso de conocimiento tampoco se queda en la abstracción. Por el contrario, sigue su curso hacia la fase de *concreción* en donde lo concreto del pensamiento se proyectará con mayores contenidos y profundidades acerca de los objetos. Se trata de concreciones en las que se expresan fenómenos y esencias<sup>48</sup> que caracterizan, identifican y permiten diferenciar a un objeto de otro.

---

concreto determinado se convierte en lo abstracto y lo abstracto aparece como lo concreto ya conocido”

“Penetrar en lo real es superar lo inmediato,, lo sensible, para alcanzar conocimientos mediatos, por la inteligencia y la razón. Esos conocimientos mediatos son, entonces, pensamientos, ideas (...) Penetrar en lo real es, pues, alcanzar por medio del pensamiento un conjunto cada vez mas vasto de relaciones, de detalles, de elementos, de particularidades, aprehendidas en un tod”. HENRY LEFEBVRE. *Lógica Formal, Lógica Dialéctica*, Editorial Siglo XXI. 8ª Edición, México, 1979, pág. 127.

<sup>47</sup> P.V. KOPNIN, óp. cit., p. 155.

<sup>48</sup> “Para la dialéctica materialista, lo abstracto y lo concreto son dos factores del proceso de aprehensión de la esencia del objeto. Lo abstracto es el medio para alcanzar lo concreto” (...) Lo concreto pensado es el conocimiento más profundo y más rico en el contenido acerca de los objetos. Supera el conocimiento abstracto, ya que no sólo refleja un aspecto esencial del objeto, sino diferentes aspectos esenciales en sus relaciones mutuas; es decir, aborda el objeto en todas sus

En igual sentido, por medio de lo concreto, el pensamiento advierte los nexos internos y externos del objeto, lo cual traduce que por medio de las actividades de *la abstracción y concreción*<sup>49</sup>, el pensamiento correlaciona los aspectos generales y particulares del objeto con sus precisas y específicas singularidades.

La importancia de la abstracción que se produce en todo proceso de conocimiento está dada en que constituye *“un proceso ordenado a un fin”*, por medio del cual *“el hombre analiza el objeto con un determinado fin al*

---

facetas. Y supera asimismo el conocimiento concreto-sensible, puesto que no refleja las determinaciones superficiales, externas del objeto en su conexión inmediata, asequible a la percepción sensorial, sino los aspectos esenciales en sus relaciones también esenciales” F. V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de la filosofía marxista*, óp, cit., p. 316.

<sup>49</sup> “Lo concreto en el pensamiento es el conocimiento más profundo y de mayor contenido de los fenómenos de la realidad, ya que su contenido no es el reflejo de las determinaciones exteriores del objeto en medio de sus vínculos directos, accesibles a la contemplación viva, sino sus diversas facetas esenciales, sus vínculos y relaciones en medio de sus precisos nexos internos. Gracias a ciertas abstracciones, nuestro conocimiento pasa de lo empírico general a lo universal, y lo concreto en el pensamiento fundamenta el vínculo de lo singular con lo universal, proporcionándonos no la simple unidad de los diversos aspectos, sino la identidad de los contrarios” (...)

“La dinámica del conocimiento, que a través de lo abstracto pasa de lo sensorial y concreto a lo concreto, reproduciendo el objeto en el conjunto de las abstracciones, expresa la ley de la negación de la negación. La abstracción es la negación de lo sensorial concreto. Lo concreto en el pensar viene a ser la negación de lo abstracto. Mas no es el retorno a lo concreto inicial, sino el paso esencial a lo concreto nuevo. El paso ascensional de lo abstracto a lo concreto no es un simple proceso de adición en el cual las abstracciones se ensartan unas tras otras, sino una síntesis de ellas que concuerda con las relaciones y los nexos internos del objeto. Es erróneo suponer que el tránsito de lo abstracto a lo concreto se verifica del siguiente modo: primero aparecen abstracciones independientes unas de otras, y después se unifican. En este caso, lo concreto no sería más que la suma mecánica de abstracciones sueltas, no unidas íntimamente entre sí. Pero en la vida real, en el proceso de formación de lo concreto, cada abstracción surge como continuación y complemento de otra. El vínculo entre ellas, está determinado por los vínculos del objeto y su agrupación en cierto conjunto, mejor dicho, integridad, se produce a base de la idea que expresa la ley fundamental que regula la dinámica del objeto” P.V. KOPNIN, óp. cit., pp. 156. 157.

*destacar una cualidad del objeto y prescindir de otra*". Se trata de un ejercicio de reconocimiento, inclusión y exclusión de características del objeto, los cuales *"no son arbitrarios, ni puramente subjetivos, sino que tienen un contenido objetivo"*<sup>50</sup>.

En tratándose de la abstracción es dable distinguir: (a).- *abstracciones elementales* en las que no hay espacio para efectuar mayores recorridos de comparación, inclusión o exclusiones de las características que identifican y diferencian a los objetos de conocimiento, y (b).- *abstracciones complejas y diversidad de complejidades en las abstracciones* que se tornan aplicables a las esferas de los conocimientos técnico-científicos, en cuyo decurso se implican los procesos de comparación, análisis, síntesis<sup>51</sup>, deducción e inducción; constituyéndose todas estas fases en una unidad.

---

<sup>50</sup> M. ROSENTAL Y G.M. STRAKS, *Categorías del materialismo dialéctico*, México, Grijalbo, 1965, p. 305.

<sup>51</sup> "El conocimiento empieza por el proceso analítico que consiste en descomponer el objeto concreto dado, en aislar sus diferencias y comunicarle la forma de una universalidad abstracta. El análisis empieza por un cierto objeto concreto o singular (o tarea) que no se descompone fácilmente en el intelecto en sus partes integrantes, sino que se reduce a algo universal. Por ello la esencia del análisis consiste en establecer una identidad formal entre el objeto y la universalidad abstracta" (...) El conocimiento sintético en oposición al analítico procede hacia la comprensión de lo que existe, es decir, procede a captar la multiplicidad de las determinaciones en su unidad. La síntesis, además, no se limita a unir los resultados del análisis, reproduciendo aquello que existía con anterioridad a él, serían superfluos. Partiendo de lo universal en la síntesis se llega al conocimiento de lo singular como necesario y universal. Los factores de este proceso sintético son: 1.- la definición, 2.- la división, 3.- el teorema" (...)

"La misión del análisis, lo mismo que de la síntesis, es reproducir el objeto en el intelecto, de acuerdo con la naturaleza y las leyes del propio mundo objetivo. Si el pensamiento se aparta de las leyes objetivas y efectúa el análisis y la síntesis en concordancia con leyes ajenas a la naturaleza del propio objeto (si extrae elementos que no existen el objeto o bien aglutina aquello que está separado del mundo material) se apartará de la verdad objetiva hacia la región de las construcciones intelectivas, creando formas arbitrarias" P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp. cit., pp. 317.318.

Ahora bien, como se dijo, ni la fase de abstracción<sup>52</sup> ni sus ejercicios constituyen el punto final del proceso de conocimiento. Por el contrario, a partir de estas dinámicas el proceso se mueve y asciende<sup>53</sup> hacia la concreción; movimiento de lo *abstracto* a lo *concreto* que se denomina *de ascenso*<sup>54</sup>, toda vez que es por efecto de la concreción de donde surge el concepto acerca del objeto de conocimiento; concreción en la que se proyecta el conocimiento profundo de las esencias y fenómenos, como de las características propias del objeto.

### 2.1. De la fase de abstracción en el proceso penal.-

---

<sup>52</sup> Cfr. M. ROSENAL Y G.M. STRAKS, *Categorías del materialismo dialéctico*, óp. cit., pp. 307.308.

<sup>53</sup> "El método de ascenso de lo abstracto a lo concreto es el método del pensamiento; con otras palabras, esto significa que es un movimiento que se opera en los conceptos, en el elemento de la abstracción. El ascenso de lo abstracto a lo concreto no es el paso de un plano (sensible) a otro (racional), sino un movimiento del pensamiento y en el pensamiento. Para que éste pueda avanzar de lo abstracto a lo concreto, debe moverse en su propio elemento, es decir, en el plano abstracto, que es la negación de lo inmediato, de la evidencia y de lo concreto sensible. El ascenso de lo abstracto a lo concreto es un movimiento en el que cada comienzo es abstracto, y cuya dialéctica consiste en la superación de esta abstracción. Dicho ascenso es, pues, en general un movimiento de la parte al todo y del todo a la parte, del fenómeno a la esencia y de la esencia al fenómeno, de la totalidad a la contradicción y de la contradicción a la totalidad, del objeto al sujeto y del sujeto al objeto. El progreso de lo abstracto a lo concreto como método materialista de conocimiento de la realidad es la dialéctica de la totalidad concreta, en la que se reproduce idealmente la realidad en todos sus planos y dimensiones" KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo concreto*, óp, cit., pág. 49.

<sup>54</sup> "Así pues, el proceso cognoscitivo discurre en la siguiente forma: La ciencia se eleva de la sensación y de la percepción, que dan un conocimiento sensible-concreto del objeto a las determinaciones abstractas en que se reflejan los aspectos esenciales del objeto. El conocimiento, sobre la base de las abstracciones vuelve de nuevo a lo concreto, pero ya como una síntesis de innumerables determinaciones, de la multiplicidad y diversidad de aspectos de los objetos. Pero el conocimiento no se detiene en lo concreto y prosigue hacia delante. Al analizarlo de nuevo, podemos obtener abstracciones aún más elevadas que al ser sintetizadas nos darán un conocimiento más profundo y multilateral, es decir, mas concreto del objeto y así sucesivamente. El conocimiento, por tanto, es por su propia esencia un proceso infinito" M. ROSENAL Y G.M. STRAKS, *Categorías del materialismo dialéctico*, óp. cit., p. 320.

La fase de abstracción en el proceso penal se efectúa por los sujetos procesales y en especial por el juez cuando en el juicio oral, procede a realizar análisis de los medios de convicción<sup>55</sup> que se hubieran puesto a su conocimiento.

En esta operación de abstracciones, concreciones, análisis y síntesis de los contenidos de prueba, posterior paso a las valoraciones de licitud, ilicitud, legalidad o ilegalidad de los medios de prueba, la atención se fija en la advertencia de los nexos externos e internos, en las concordancias, complementariedades o contradicciones esenciales o no esenciales, y exclusiones totales o parciales que se proyecten entre los medios de convicción.

Pero en especial, la valoración se fija en la abstracción y concreción, referida a la conducencia o no que tengan con el objeto de conocimiento penal, esto es, con las correlaciones mediatas o inmediatas que las pruebas tengan o no con los contenidos de conducta y que digan relación con las expresiones de autoría o participación responsable de una persona o personas en el injusto penal de que se trate.

En esta fase, además de la valoración que debe darse a los fenómenos probatorios que digan relación con la conducta juzgada en punto de específicas circunstancias de modo, tiempo y lugar, el juez, también,

---

<sup>55</sup> "El desarrollo de la valoración requiere de todo un proceso de análisis para llegar a una síntesis o conclusión, lo cual se evidencia en el contexto de toda decisión judicial de fondo" (...) En otros términos, el juez no debe contentarse al analizar la prueba con su presentación formal, debe penetrar en ella para buscar su verdadera esencia. Este procedimiento debe seguirse con cada una de las probanzas allegadas al proceso. Y luego buscar la relación entre esas mismas pruebas para encontrar sus coincidencias o divergencias y calificar estas como meramente formales o esenciales para luego, obtener una síntesis que sea trasunto de una deducción correcta" JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA, *Las pruebas penales*, óp. cit., pp. 293 y 294.



podrá efectuar comparaciones<sup>56</sup>, asociaciones<sup>57</sup> o diferenciaciones con otras conductas que hubieran sido objeto de juzgamiento con resultado de absolución o condena. Se trata de abstracciones que podrá realizar en orden a encontrar aspectos sustanciales que le sirvan de referencia conforme a lineamientos de la doctrina o jurisprudencia.

La importancia de la apreciación de las pruebas en singular y conjunto es una labor resaltada por FLORIÁN<sup>58</sup>, GORPHE<sup>59</sup> y, FRAMARINO, último quien al

---

<sup>56</sup> “En la etapa final, el averiguador pasa a contemplar el material probatorio en su conjunto. Compara entonces las testificaciones con los documentos, los documentos con los resultados de las inspecciones oculares, y relaciona éstos, a su vez, con los informes de los peritos, etc, a fin de comprobar si el conjunto forma un todo unitario y coherente. Tras haber estado obligado, en las primeras fases de la indagación de los hechos, a dirigir su atención preponderantemente a terrenos restringidos, el juzgador tiene ahora que desligarse del pormenor y contemplar los fragmentos para ver cómo concurren a formar el cuadro global” (...)

“En ningún caso deberá limitarse a poner los hechos simplemente en hilera y componer con los fragmentos un mero mosaico, sino que tiene que formarse una imagen de concurso funcional. Por necesario que se examine por separado cada pieza probatoria, no lo es menos apreciar la contextura, o sea las probanzas en sus encadenamientos. Algunos hechos singulares no podrían ser nunca plenamente entendidos por el examen aislado; su significado sólo puede desentrañarse con cierta certeza mediante una consideración que abrace el todo. Por eso los tribunales superiores siempre han vuelto a señalar la importancia de los esfuerzos intensivos por lograr un cuadro de conjunto convincente”. ERICH DOHORING, *La prueba, su práctica y apreciación*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1972, pp. 406, 407 y 408.

<sup>57</sup>Cfr. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, 3ª ed. Buenos Aires. Víctor P. de Zavalía, 1976, pp. 290, 291 y 296.

<sup>58</sup> “La apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento total del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto, es decir, la urdimbre probatoria que surge de la investigación. La convicción acerca de la existencia o la inexistencia del delito y acerca de la responsabilidad y de cualquier causa que en ella influya, debe obtenerla el juez mediante un examen integral, pleno y completo. Dentro del cuadro general de la investigación, el resultado particular de un medio de prueba puede, junto a otros, tomar un significado distinto del que le sería dado tener si se le considera separado, aislado y solo, ya que puede revestir un significado más vivo, más patente o también puede perder sus características iniciales. Y a lo anterior ha de agregarse que el juez debe tener en

tratar el tema del análisis y síntesis referido a aquellas, escribe: *“Si bien el espíritu humano, cuando se halla frente a una idea general, puede captar de un solo golpe los elementos constitutivos, por decirlo así, de la estructura genérica de esta, no acierta sin embargo a percibir con igual facilidad los aspectos diferenciales que constituyen los casos concretos, comprendidos en esa idea. Es menester que a la síntesis inicial le suceda el análisis, para que la luz de lo general se difunda sobre los casos*

---

cuenta no solo los resultados de las pruebas, sino también las manifestaciones de todo el contenido del proceso, según las diferentes fases, en cuanto sean utilizables dentro de los límites del principio de oralidad, y también todo lo que surge en la instrucción (salvo la oralidad) o en el debate, y por lo tanto, el tenor de las declaraciones y de las alegaciones de las partes” EUGENIO FLORIÁN, *De las pruebas penales*, t. I. Bogotá, Temis. 1976, pp. 383. 384.

<sup>59</sup> “En la determinación y apreciación de las pruebas, especialmente en materia penal, tiene que desempeñar el juez, de manera general, una triple tarea: 1.- Fijar, cuando no descubrir, con la ayuda de sus investigaciones auxiliares y, en caso de necesidad con la de peritos especialistas, los diversos elementos de prueba y determinar por sí mismo dentro de lo que quepa, mediante los informes recibidos, los interrogatorios y exámenes, los factores psicológicos y morales, que configuran mas particularmente su terreno peculiar; 2.- Confrontar esos diversos elementos unos con otros, verificarlos cuanto sea posible o, al menos, apreciar su verosimilitud; 3.- Juntar y enlazar todos los elementos pertinentes en un conjunto sintético, con coherencia y concluyente; es decir en un estado que permita sacar de ellos una conclusión en uno u otro sentido”

“Los diversos procedimientos, ya sean jurídicos, técnicos, lógicos o psicológicos, por esenciales que resulten, no podrán, en los casos reales, por poco complicados que sean, proporcionar un resultado verdaderamente significativo, probatorio y seguro, sino una vez sometidos a un método crítico de conjunto: método que se aplica de manera diferente a cada medio de prueba; pero que, al mismo tiempo, debe ser lo bastante general para referirse a la totalidad y lo suficientemente sistemático para desprender las relaciones entre todos los elementos. De tales relaciones surgirá la prueba final de la culpabilidad o de la inocencia”

“El método, para ser completo, para en verdad agotar las posibilidades, debe referirse de manera particular a cada uno de los elementos de prueba, mediante procedimientos peculiares de cada medio o categoría de prueba (los rastros, las reacciones, el interrogatorio, los testimonios, los móviles, etcétera); y, para ser eficaz y concluyente, debe considerar también el resultado global, enlazando los distintos procedimientos dentro del sentido del problema pendiente de resolución” FRANCOIS GORPHE, *La apreciación judicial de la prueba*, Buenos Aires. La Ley. 1967, pp. 142. 143.

*particulares, pues el análisis, al concentrar posteriormente la luz de la inteligencia sobre cada una de las partes de que se compone un todo intelectual, consigue que cada una adquiera gran nitidez para el espíritu; y de este modo, de la clara y determinada visión de las partes singularmente consideradas, pasamos a la visión de conjunto, integral y armónicamente definida, mediante la luz meridiana de la síntesis final, lograda por la elaboración de la mente”<sup>60</sup>.*

La fase de abstracción efectuada al interior del debido proceso penal opera relacionada con la sensorial<sup>61</sup>, toda vez que sin referentes fácticos<sup>62</sup> no es dable realizar comparaciones, diferenciaciones individuales, ni de conjunto.

Lo afirmado traduce que la abstracción, reflexión, inducción y deducción no son actividades etéreas, ni caprichosamente subjetivas, sino que por el contrario, se efectúan a partir de fenómenos sensoriales percibidos. En efecto, la reflexión constituye guía del conocimiento, pero, opera a partir de lo conocido hacia lo desconocido<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Vol. I, Bogotá, Temis. 1978. p. 136.

<sup>61</sup> HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *óp. cit.*, p. 292.

<sup>62</sup> “En asuntos penales, se trata siempre de la comprobación de hechos humanos, y a propósito de uno de ellos, que es el hecho criminoso, ciertamente no puede hablarse de la evidencia de verdades puramente inteligibles y por consiguiente de certeza intuitivamente axiomática, pues no hay hecho criminoso que no se exteriorice materialmente, y esa materialidad no puede ser captada en sí misma sino por los sentidos” (...) “Dijimos que la certeza es un estado subjetivo, y agregamos que dicho estado no debe considerarse como independiente de la realidad objetiva, pues se trata de un estado psicológico producido por la acción de las realidades percibidas y por la conciencia de esas percepciones”. NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Vol. I., Temis, Bogotá, 1978, pp. 19 y 48.

<sup>63</sup> “Un hecho físico nos lleva al conocimiento de otro hecho físico o moral; y el que nos conduce al conocimiento de otro que no ha sido percibido directamente, constituye la prueba de este. Es siempre la reflexión intelectual la que nos guía de

Aquel es un proceso en el que se realizan análisis, separaciones, generalizaciones y descomposiciones del objeto de conocimiento en sus partes que la integran, en orden al descubrimiento de los elementos esenciales que constituyen el todo en su complejidad concreto-relativa. Se trata de un tránsito cognoscitivo hacia el proceso de concreción, esto es, de síntesis, en el que la cognoscibilidad proporciona al juzgador un conocimiento del objeto visto como un todo único, concreto, relativo y determinado.

Empero, tratándose de los ejercicios de abstracción que digan relación con los contenidos de prueba percibidos, ello no traduce que el juez deba extenderse *in infinitum* en su tarea de análisis reconstructivo. Por el contrario, habrá de fijar su labor en “*seleccionar los hechos que tienen relación directa con el problema que se investiga, no recargando ni complicando el proceso con hechos o circunstancias no relacionadas con el objeto del proceso*” (VISHINSKI).

En otras palabras, su labor habrá de centrarse en el descubrimiento e identificación de los aspectos esenciales, sustanciales y característicos de la conducta punible de que se trate, en punto de sus adecuaciones o no a unas estructuras normativas penales.

Dentro del referido marco de acción cognoscitiva no se trata de limitar, de ninguna manera, la labor de abstracción y concreción del juzgador, ni reducir esos ejercicios a las precariedades eficientistas de la *prueba mínima*, toda vez que los ejercicios probatorios reduccionistas han demostrado que los reflejos achicados sólo conducen a aprehensiones

---

lo conocido a lo desconocido, y lo hace por medio del raciocinio, que es el instrumento universal de la reflexión y que constituye la primera y más importante fuente de certeza en materia penal” NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, óp. cit., p. 22.

escasas e insuficientes<sup>64</sup>. Por el contrario, de lo que se trata de denotar es que la fase de abstracción, generalización, análisis y síntesis que se realiza en el proceso penal debe tener como objetivo lo concreto de la conducta objeto de investigación, juzgamiento y reconstrucción.

Conforme a las anteriores reflexiones, planteadas en seguimiento de la teoría dialéctica y materialista del conocimiento, afirmamos que ellas constituyen referentes genéricos respecto de lo que en esencia constituye la fase de abstracción que se presenta en todo proceso de conocimiento, y que, desde luego, se torna aplicable a los objetos de interés penal.

Se trata de referentes que en los actos de investigación y juzgamiento pueden ser aplicados a la especificidad cognoscitiva de que se trate, lo cual traduce y reafirma que la epistemología se consolida en la práctica de lo concreto<sup>65</sup>, pues, en efecto, las conductas que logran la adjetivación de conductas *típicas, antijurídicas y culpables*, no obstante reportarse adecuadas a una idéntica estructura normativa, sea esta, tipo básico, especial o alternativo, son acciones que atendiendo al principio de

---

<sup>64</sup> "Pero no debemos creer que estas son simples cuestiones académicas, pues las medias pruebas que se condenan en nombre de la lógica, terminan siendo condenadas por la historia en nombre de la justicia. La historia nos dice que cuando se admitieron fracciones de certeza y fracciones de prueba de la certeza, todas estas fracciones un buen día se pusieron complacientes al servicio de la estulticia y la ferocidad humanas, y se creyó justo apabullar a un acusado con el peso de fracciones de prueba, ante imputaciones de delitos, que por cruel pedertería se denominaban privilegiados. En realidad ese era un triste privilegio, pues era el que la torpeza del hombre reconocía a la barbarie: el de castigar a un inocente como si fuese responsable" NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Vol. I, Bogotá, Temis, 1978, p. 105.

<sup>65</sup> "En resumen, la prueba tiene un objeto y un sujeto. En materia penal el objeto de la prueba concreto es el hecho criminoso que quiere probarse; los sujetos de la prueba son la cosa y la persona que prueba. Como el delito concretamente considerado, o individualidad criminoso, si así quiere llamarse, es variable al extremo, de ello resulta que la prueba tiene, en materia criminal, objeto sumamente variable". NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Vol. I, Bogotá, Temis, Bogotá, 1978, pp. 49 y 50.

identidad subjetiva, identidad objetiva, identidad modal, circunstancial y temporo-espacial, como identidades revisten inagotables formas y expresiones singulares cambiantes.

En esa mirada, resaltamos que en la fase de abstracción se involucra la intuición como relacionante de todas las funciones intelectivas y cognoscitivas, pero ello no implica que por vía de aquella se permita dar juego libre a la imaginación del investigador hasta el extremo de permitirse conjeturar sobre lo que investiga.

La abstracción en el proceso penal supone respeto a la prueba recaudada, debatida y controvertida en el juicio oral. En esa medida, no puede ser fantasiosa, ni sujeta a motivaciones conjeturales, como en ocasiones ocurre que ante la falta de medios de convicción, conexiones, eslabonamientos reales objetivos o subjetivos, los vacíos se llenan por vía de los defectos conjeturales del investigador.

### **3.- De la fase conceptual.-**

Si como es cierto, en el proceso de conocimiento, las sensaciones y percepciones ofrecen reflejos e imágenes de la realidad del mundo natural y social. Si por virtud de la abstracción y concreción en las que se integran análisis, síntesis, inducción y deducción, se posibilita al sujeto aprehender las propiedades<sup>66</sup>, diferencias<sup>67</sup> y características esenciales<sup>68</sup> de las

---

<sup>66</sup> "Una propiedad, es un predicado que no indica la esencia de una cosa, pero que pertenece sólo a esta cosa y es predicada convertiblemente de ella (...) "La propiedad es un atributo que se sigue necesariamente de la definición" MORRIS COHEN Y ERNEST NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico 2*, Buenos Aires, Amorrortu, 1983, p. 57.

<sup>67</sup> "La diferencia es la parte de la esencia que distingue a la especie de las otras especies del mismo género". MORRIS COHEN Y ERNEST NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico 2*, óp. cit., p. 56.

ontologías objeto de conocimiento; de correlación debe afirmarse que en el proceso de conocimiento, la abstracción y concreción siguen su ascenso hacia la fase conceptual.

La fase conceptual en la que moran el universo de los conceptos, hace parte de las formas del pensamiento, y es una etapa en la cual se interrelacionan *los juicios, razonamientos y conceptos*.

Para la dialéctica del conocimiento, a diferencia de la lógica lineal, no constituye discusión trascendental plantear la cuestión a resolver, acerca de ¿qué es lo más importante?, ¿qué es lo precedente?, ¿o qué es lo primero que opera en el decurso del pensamiento?, esto es, si lo es el juicio, el concepto, o el razonamiento.

Para aquella lo trascendental está dado en reconocer que en el proceso de formación de las formas y contenidos del pensamiento y lenguaje<sup>69</sup>, los juicios, razonamientos<sup>70</sup> y conceptos operan de manera inter-relacionada en proceso de mutuas transformaciones.

---

<sup>68</sup> “Una definición –dice Aristóteles- es una frase que expresa la esencia de una cosa. Por esencia de una cosa entendía el conjunto de atributos fundamentales que constituyen las condiciones necesaria y suficientes para que una cosa concreta sea una cosa de ese tipo”. MORRIS COHEN Y ERNEST NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico 2*, óp. cit., p. 55.

<sup>69</sup> “El lenguaje ha de entenderse, en cambio, como la manifestación del pensamiento. Ya se dijo que el objeto conocido es signo formal, signo significante, puro significado, pues conocer es poseer intencional y, por tanto, inmaterialmente, la forma conocida. Gracias a ello es posible luego dar sentido a una realidad física como, este caso, el sonido articulado. Las palabras, por tanto, son signos significativos artificiales, y ello porque ningún signo puede ser natural si es que expresa el pensamiento. Pensar es una acción perfecta, acto que posee el fin y que, por tanto, acaba en sí misma, pues no es medio para ninguna otra cosa”. RAFAEL CORAZÓN GONZÁLEZ, *Filosofía del conocimiento*, óp. cit., pp. 89 y 90.

<sup>70</sup> Cfr. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp. cit., p. 192.

Para la dialéctica del conocimiento no basta, ni es suficiente denotar la unidad y afectaciones que se producen entre los juicios, conceptos y razonamientos. Por el contrario, en su complemento se torna necesario poner de manifiesto la especificidad de cada una de estas formas de pensamiento, e identificar como distinguir las diferencias existentes entre las mismas.

En efecto, la diferencia que se presenta entre los juicios, conceptos y razonamientos, está dada en la proyección de la realidad objetiva, es decir, en las proyecciones cuantitativas y cualitativas que en cada una de ellos se refleja la realidad material, y en el carácter específico de ese reflejo.

En la forma y contenidos *del juicio* se reflejan aspectos, *generales y esenciales* del objeto, cualquiera sean ellos, *mas no los universales*; empero, *“tan pronto como el juicio en su trayectoria llega al punto en que el contenido de su predicado refleja lo general y lo esencial (y lo universal) del objeto, el juicio se convierte en concepto”*<sup>71</sup>.

Así pues, habrá de entenderse que el concepto al expresar y reflejar los rasgos generales, universales y esenciales del fenómeno objeto de

---

<sup>71</sup> “La diferencia efectiva entre las distintas formas del pensamiento radica en cómo reflejan la realidad objetiva, en el carácter específico de ese reflejo. En la forma del juicio no sólo reflejamos los aspectos generales y esenciales del objeto, sino todos, cualesquiera que sean. Así por ejemplo, en los juicios “el oro es de color amarillo”, “el oro pesa más que el agua”, “el oro es un elemento químico”, “el oro es un metal” etc., se reflejan diversos caracteres del oro, más próximos o más lejanos de la esencial del propio objeto. Para el juicio no es obligatorio, ni meno menos, que su predicado refleje lo universal del objeto. Pero tan pronto como el juicio, en su trayectoria, llega al punto en que el contenido de su predicado refleja lo general y lo esencial del objeto, el juicio se convierte en concepto. Por ello, el razonamiento que proviene del concepto se diferencia del razonamiento que proviene del juicio, ya que éste no se ha convertido aun en concepto”. P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp, cit., p. 193.



conocimiento, debe responder a la pregunta: *¿qué objeto es éste y cuál es su esencia?*, es decir, resume lo característico del fenómeno, en tanto que el juicio al reflejar todas las propiedades, vínculos, relaciones intrínsecas y extrínsecas del fenómeno objeto de conocimiento, responde a la pregunta: *¿qué rasgos, en general son los inherentes al objeto, que aspectos, propiedades y caracteres le distinguen?*<sup>72</sup>.

#### **a.- Del razonamiento.-**

Para la lógica dialéctica *“suele denominarse razonamiento una forma de pensar que ayuda a deducir nuevos conocimientos de otros establecidos anteriormente. El razonamiento es un proceso de mediatización y deducción de juicios, cuyo sistema constituye. Integran este sistema tres clases de conocimientos: fundamental (el contenido en las premisas de raciocinio), deductivo (que se obtiene como resultado del razonamiento) y argumentado (que determina la posibilidad de pasar de las premisas a la conclusión”*<sup>73</sup>.

En esa perspectiva, como suma de expresiones de *conocimiento argumentado, razonado o motivado*, se tienen: los *axiomas, reglas de experiencia, definiciones, leyes de la lógica y ciencia*. El conocimiento argumentado es el que determina las formas de raciocinio, pues con el mismo se posibilita el tránsito de las premisas o soportes indicativos hacia las conclusiones deductivas.

---

<sup>72</sup> P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp, cit., p. 194.

<sup>73</sup> P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp., cit., p. 277.

Puede afirmarse que el proceso de razonamiento constituye un acto complejo. En efecto, para que el raciocinio<sup>74</sup> prosiga el curso de lo conocido hacia lo desconocido, depende del discernimiento que posea el sujeto cognoscente de las máximas de experiencia, leyes de la lógica y ciencia. En otras palabras, los procesos de razonamiento, dependen del conocimiento de las leyes objetivas del mundo material o leyes del mundo natural y social<sup>75</sup>.

La complejidad del proceso de razonamiento esta dado en que sólo por virtud de la comprensión y correcta aplicación de máximas de experiencia, leyes de la lógica y ciencia, es como se posibilita efectuar las relaciones o vínculos de lo general con lo particular, de lo particular con lo singular, y de lo singular con lo universal.

Las formas de raciocinio en las que se integran los procesos de inducción y deducción, análisis y síntesis, se vinculan y tornan dependientes de los cambios<sup>76</sup> que se dan en los contenidos del conocimiento argumentado.

---

<sup>74</sup> "El raciocinio es el enlace de juicios o la obtención de un nuevo juicio o un nuevo conocimiento partiendo de juicios dados o premisas dadas. A través del raciocinio podemos conocer mediatamente la realidad. El pensamiento nos permite juzgar acerca de hechos que no son objeto de percepción inmediata, pero que guardan cierta relación con otros hechos percibidos como inmediatos. La utilización de conocimientos adquiridos con anterioridad y comprobados por la práctica nos exime de comprobar directamente todo pensamiento. Al analizar el contenido de estos conocimientos anteriores y al relacionar con el los nuevos hechos captados podemos inferir un nuevo conocimiento sin recurrir a la experiencia directa" JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA óp, cit., p. 285.

<sup>75</sup> "La posibilidad del raciocinio del paso de lo conocido a lo desconocido se basa en la existencia de leyes objetivas en la naturaleza y la sociedad. El conocimiento de estas leyes permite pasar, asimismo de lo particular a lo general y de lo general a lo particular, y del conocimiento de un grado de generalidad al conocimiento de ese mismo grado de generalidad P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp., cit., p. 278.

<sup>76</sup> "El conocimiento de las relaciones más generales de los fenómenos condiciona la aparición en la vida real de nuevas formas de razonamiento y la precisión, la profundización de algunas tesis, de ciertos axiomas conocidos anteriormente, conduce al perfeccionamiento de sus formas viejas. Las formas que descansan

Es necesario puntualizar que el razonamiento como proceso intelectual, cognoscitivo e incidente en la formación de los juicios y conceptos, no es dable entenderlo como un ejercicio etéreo, abstracto, ni que pueda producirse solo o en el vacío. Tampoco es dable entenderlo como una actividad puramente bio-psíquica.

Por el contrario, como proceso subjetivo-objetivo inherente al hombre, habrá de entenderse que se vincula a la praxis social, al punto que ésta constituye elemento imprescindible en el proceso de creación del trabajo. En efecto, éste como dialéctica de creación y transformación no puede prescindir del razonamiento; y es así como el avance y desarrollo del trabajo y praxis social, traduce también el avance y desarrollo del razonamiento.

Al razonamiento como dialéctica intelectual y cognoscitiva en la que se integran ejercicios de separación, identificación, inclusión, exclusión de propiedades, características, relaciones, vínculos intrínsecos y extrínsecos de los objeto de conocimiento, le corresponde la producción y concepción de juicios y conceptos.

*“En el razonamiento es donde mejor se observa el carácter mediato y creador del pensamiento humano. La mayoría de los conocimientos que el*

---

sobre un principio dudoso se emplean con menos frecuencia y acaban desapareciendo”

“Así pues, no solo varía el contenidos de los razonamientos, sino también su propia forma; esta modificación no se produce porque se anulan unas y se establecen otras, sino porque las viejas formas se complementan con otras nuevas que surgen debido al descubrimiento de nuevas leyes, a la formación de nuevos axiomas verdaderos, de principios y reglas en que se basan, porque se perfeccionan las viejas formas gracias a una mayor precisión de conocimiento en que descansan”. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp. cit., p. 279.

*hombre posee, tienen carácter deductivo, es decir se obtienen en el proceso de razonar”<sup>77</sup>.*

Puede afirmarse que todo proceso de raciocinio en el que se integran variados ejercicios de identificación, comparación, separación, inclusión, exclusión de propiedades y características esenciales de los objetos de conocimiento, en últimas, traduce que aquél equivale al tránsito de lo conocido a lo desconocido y por conocer, esto es, al conocimiento efectivo y real de otras expresiones del conocimiento.

Por ello, *“la capacidad de razonar, de inferir especulativamente las cosas de las condiciones de su existencia, debido al conocimiento de las leyes de su dinámica, constituye la gran conquista del hombre, pues convierte su actividad laboriosa en una actividad realmente fecunda”<sup>78</sup>.*

Por consiguiente, como axioma, dígase que es *en y por la praxis social*<sup>79</sup> en donde se forman, dinamizan y consolidan los nexos entre las ideas, y es *en y por la praxis social* en la que se aprehenden los nexos de los objetos y sus propiedades esenciales.

En esa medida, se entiende que el razonamiento<sup>80</sup> constituye el vehículo intelectual por excelencia que de cara a la formación de juicios, conceptos,

---

<sup>77</sup> KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp, cit., p. 275.

<sup>78</sup> KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp, cit., p. 282.

<sup>79</sup> “En la práctica histórico-social los nexos que se forman entre las ideas están en consonancia con los nexos de las cosas y sus propiedades en el mundo objetivo. La práctica humana, al repetirse múltiples veces, enjuicia nuestro pensamiento, responde a la pregunta de si concuerda el vínculo de los pensamientos en el razonamiento a los vínculos objetivos de los fenómenos” (...) “Por la práctica, precisamente se demuestra la veracidad de los axiomas implícitos en la base de las formas del razonamiento”. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp, cit., p. 283.

<sup>80</sup> “El razonamiento es la forma de mediatización de los juicios, el modo de conseguir nuevos conocimiento a base de juicios anteriormente establecidos. Con

permite al sujeto efectuar la inclusión, exclusión, identificación y diferenciación de caracteres, propiedades principales, accesorias, universales, particulares y singulares de fenómenos del mundo material, objetos de los órdenes de saber.

### **b.- Del juicio.-**

Para la lógica dialéctica la célula fundamental del pensamiento es el juicio, en tanto que en este se implica la aprehensión de los objetos por el pensamiento, y se traduce en *“toda idea relativamente acabada, que refleja las cosas y los fenómenos del mundo material, sus propiedades, vínculos y relaciones”*<sup>81</sup>.

Por medio del juicio se formulan interrogantes acerca de los fenómenos, los cuales conducen a afirmaciones o negaciones de relaciones de reciprocidad, transitividad, del todo a la parte, de inclusión, exclusión de vínculos, propiedades principales, accesorias o características esenciales de los objetos de conocimiento.

En los juicios que se emiten sobre los objetos de conocimiento se pueden proyectar verdades, errores, recoger posibilidades, probabilidades o verdades acerca de los mismos, o efectuar hipótesis o suposiciones respecto de rasgos, relaciones, propiedades o características de los fenómenos por conocer.

---

ayuda de los razonamientos se pasa de unos juicios a otros. En la construcción y el desarrollo de las teorías, el razonamiento argumenta los juicios y conceptos que los integra, constituye la vía por la cual se pasa de una teoría a otra más perfecta” KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp, cit., p. 197.

<sup>81</sup> KOPNIN, *Lógica dialéctica*, óp, cit., p. 202.

La finalidad del juicio es reflejar en sus contenidos la realidad de los objetos tal y como son en sí mismos. A su vez, la de permitir el tránsito cognoscitivo hacia el concepto, esto es, proseguir hacia los contenidos universales de los conceptos esenciales.

En los contenidos del juicio, no solo se reflejan de manera directa o indirecta los nexos objetivos de los fenómenos del mundo material y sus multiformes relaciones, además, se manifiesta la actitud del sujeto cognoscente frente a ellos, lo cual traduce que los contenidos del juicio son de carácter subjetivos y objetivos.

Es necesario tener en cuenta que así como en el proceso de conocimiento de los fenómenos del mundo material se da la relación entre el sujeto cognoscente y el objeto cognoscible<sup>82</sup>, a su vez, en el juicio que formula el sujeto respecto del objeto, ese juicio o contenido del juicio puede tener un doble carácter a saber: a.- puede ser un reflejo o aprehensión deformado, fantástico o arbitrario de la realidad, valga decir, puede tener contenidos y expresiones más subjetivas o subjetivistas que contenidos objetivos; b.- el juicio y contenidos pueden ser objetivos, contener expresiones que comprendan en totalidades o en relativos la realidad objetiva.

En el entendido que el juicio es toda idea relativamente acabada que refleja los fenómenos, sus propiedades, características o relaciones

---

<sup>82</sup> "La relación entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido tiene una profunda raíz filosófica. Así como la filosofía puede estimarse como la relación del hombre del mundo que lo rodea, la ciencia es esa misma relación, pero en algún aspecto específico. Mientras la filosofía señala la totalidad, la ciencia concreta parcialidades. Por eso ningún conocimiento puede desgajarse de su origen filosófico, pues hace mucho, desde Kant, concretamente, que se superló "la cosa en sí" como objeto de conocimiento aparte del sujeto cognoscente. Ya hoy se tiene claro que no hay objeto y sujeto separados, sino una correlación entre ambos. Es en esa correlación, cuando el sujeto se equivoca, donde se sitúa el error". MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto Penal y Error*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1999, pág. 34.

multiformes; compréndase que “*la meta principal del juicio como forma de pensamiento, es revelar la esencia de las cosas, las leyes de su desarrollo y movimiento*”<sup>83</sup>, objetivo cuya finalidad está dada en permitir el tránsito de sus expresiones hacia el conocimiento conceptual.

En los juicios, sin distingos de su clasificación en *afirmativos, negativos, categóricos, hipotéticos, disyuntivos, a priori, a posteriori*<sup>84</sup>, *analíticos*<sup>85</sup> o *sintéticos*<sup>86</sup>, para la lógica dialéctica, lo importante a resaltar esta dado en postular que todos los juicios proceden de la experiencia humana.

---

<sup>83</sup> KOPNIN, *Lógica Dialéctica*, óp, cit p. 209.

<sup>84</sup> “El juicio a priori, según KANT, no depende ni de la experiencia presente ni pasada de los hombres. Sus rasgos característicos son la necesidad, la universalidad más estricta y la certeza. Entre los juicios a priori incluye, en primer lugar, los matemáticos” (...) “Con su división de todos los juicios en a priori y a posteriori, Kant pretende rebajar el conocimiento experimental. La gnoseología marxista no reconoce la existencia del conocimiento a priori, de los juicios a priori. Todos nuestros juicios proceden, en último término de la experiencia. Unos están más lejos y otros más cerca de la experiencia directa. Unos expresan directamente los resultados de la experiencia del sujeto pensante; otros no dependen de la experiencia directa del sujeto y tienen carácter axiomático, es decir, no vienen condicionados directamente por la experiencia de un sujeto, sino por toda la experiencia de la humanidad”. KOPNIN, *Lógica Dialéctica*, óp, cit., pp. 215 y 216.

<sup>85</sup> “En el juicio analítico no puede ser de otro modo que el triángulo tenga tres ángulos, pues basta mencionar el sujeto triángulo –que es objeto de conocimiento– para que en él vaya incluido y sobreentendido mentalmente el predicado de los tres ángulos. Por eso se dice que el juicio analítico es un juicio idéntico, porque no hace más que repetir en el predicado lo que hay en el sujeto. Es, pues, un juicio que se fundamenta en el principio de identidad, y por tanto ajeno a la contradicción. Es por consiguiente un juicio tautológico y verdadero, puesto que no dice más en el predicado de lo que hay en el sujeto. Es un juicio necesario, universal y válido en todo tiempo y lugar. Es un juicio general y “a priori” que no depende de lo experimental y empírico”. MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto Penal y Error*, óp, cit., p. 37.

<sup>86</sup> “(...) en el juicio sintético el predicado no va incluido ni sobreentendido en el sujeto, sino que agrega una cualificación al sujeto (por ejemplo: el caballo es blanco)”. MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto Penal y Error*, óp, cit., p. 37.

Por tanto, lo que merece resaltar es que el carácter y contenidos del juicio, a más de depender de la riqueza de la práctica social de la cual ha surgido, a su vez, dependen, de los fenómenos y leyes que el mismo refleje. En esa medida, mientras unos juicios pueden contraer contenidos objetivos universales y necesarios, otros pueden contraer simplemente contenidos posibles, probables o contingentes, o ser meros *juicios a priori*.

Para la lógica dialéctica no es fundamental plantear clasificaciones de los juicios, ni de las formas de pensamiento como los realiza la lógica formal (teorías de la argumentación jurídica). Aquella no los considera alineados unos tras otros. Por el contrario, los comprende como una sucesión en los que cuantitativa y cualitativamente se expresen las leyes del cambio y superación dialéctica en orden a la última finalidad cognoscitiva como es la de llegar a expresar y reflejar los fenómenos objeto de conocimiento, y en orden a dar el salto dialéctico hacia el conocimiento en el que residen los universos conceptuales.

Para la lógica dialéctica los juicios pueden ser: 1.- *Juicios de existencia*<sup>87</sup>, *afirmativos o negativos*, en los cuales se expresa la toma del conocimiento del sujeto respecto del objeto por conocer; 2.- *Juicios de reflexión*<sup>88</sup>, en donde se reflejan expresiones cuantitativas del objeto, y en los que el

---

<sup>87</sup> "El juicio de existencia constituye la etapa inferior en la trayectoria de los juicios. Hegel lo califica de cualitativo; lo singular y lo universal (el sujeto y el predicado) en este tipo de juicios tienen carácter abstracto y su contenido es escaso. El juicio de existencia expresa la toma de conocimiento con el objeto (por ejemplo, la rosa es roja). HEGEL incluye en esta clase de juicios las formas que en la clasificación tradicional se refieren a los juicios calificativos: positivos, negativos e infinitos". KOPNIN, *Lógica Dialéctica*, ob. cit., p. 221.

<sup>88</sup> "El juicio de reflexión se diferencia del juicio de existencia no sólo por la determinación cuantitativa del sujeto, sino también por el contenido del predicado. El sujeto de los juicios de reflexión es una cosa singular en su relación con cosas similares a ella, y su predicado no es una propiedad, sino las relaciones esenciales, como, por ejemplo, "útil", "dañino", "provechoso", "elástico", etc.". KOPNIN, *Lógica Dialéctica*, ob. cit., p. 221.



sujeto expresa respecto del objeto de conocimiento, adjetivos, predicados, características principales, accesorias o esenciales del objeto; 3.- *Juicios de necesidad*<sup>89</sup>, en los cuales el sujeto expresa las generalidades del objeto; y 4.- *Juicios de concepto* o forma superior del juicio, en los cuales el objeto refleja en toda su magnitud sus características esenciales que lo identifican y diferencian de otros objetos y fenomenologías.

### c.- Del concepto.-

El concepto<sup>90</sup> como estadio del lenguaje y pensamiento es una de las etapas más importantes del proceso de conocimiento, toda vez que en éste se expresan y reflejan los rasgos generales, las características esenciales que son propias y comunes a un fenómeno en singular.

El conocimiento conceptual como proceso en sí es el resultado de un tránsito cognoscitivo en el cual como suma y punto llegada se expresa el conocimiento de la ley y la esencia, esto es, de lo que es propio, característico, lo que identifica y diferencia a un objeto de conocimiento de otros.

---

<sup>89</sup> "En el juicio de necesidad lo general se manifiesta como el género, obligatoriamente inherente a todos los juicios singulares. Algunos juicios singulares dependen de éste género. Hegel incluye entre los juicios de necesidad aquellos que en la clasificación tradicional figuran en los de relación: categóricos, hipotéticos y disyuntivos. Como lo universal corresponde al concepto de sustancia, lo particular al de causalidad y lo singular al de acción recíproca, también las relaciones entre el sujeto y el predicado en el juicio pueden ser bien relaciones de sustancialidad, bien de causalidad, bien de acción recíproca". KOPNIN, *Lógica Dialéctica*, ob. cit., p. 222.

<sup>90</sup> En el concepto se resume todo cuanto se sabe del sujeto, reduciendo numerosos juicios a uno solo. En este sentido, el concepto viene a ser como una peculiar reducción de juicios, conservando al mismo tiempo, lo mas esencial de su contenido; afianza lo ya conseguido y constituye un peldaño para la sucesiva trayectoria del pensamiento" KOPNIN, *Lógica Dialéctica*, ob. cit. p. 194

Puede afirmarse que el conocimiento conceptual que se produce mediante conceptos, categorías, y el conocimiento esencial<sup>91</sup> o conocimiento de la esencia de los fenómenos, constituyen una perfecta unidad<sup>92</sup>.

Los contenidos de lo general y esencial que se reflejan en los conceptos y categorías<sup>93</sup>, no son producto de la imaginación, ni resultado unilateral de

---

<sup>91</sup> "Para el materialismo dialéctico, la esencia y el fenómeno son dos aspectos indisolublemente vinculados de la realidad objetiva; uno de ellos, el aspecto interno (la esencia) no puede manifestarse sino a través del aspecto externo (el fenómeno). Ahora bien los dos aspectos no coinciden nunca plenamente en el modo de manifestarse, y es precisamente esta falta de coincidencia la que hace necesario el proceso mismo del conocimiento científico. En efecto, la ciencia no tiene otro fin que el descubrir detrás de lo externo, detrás de lo que se percibe inmediatamente, el fundamento, la esencia de las cosas; es decir, el otro aspecto, el aspecto oculto e interno" ROSENTAL Y STRAKS, *Categorías del Materialismo Dialéctico*, Editorial Grijalbo, México, 1965, p.. 55.

<sup>92</sup> "La unidad de la esencia y el fenómeno reviste un carácter contradictorio. La esencia expresa algo universal, en tanto que el fenómeno hace patente algo singular; en la esencia se presenta el aspecto interno, profundo, de la realidad, mientras que en el fenómeno se muestra el aspecto externo, superficial; la esencia tiene mayor estabilidad, se halla en reposo y es constante; en cambio, el fenómeno se distingue por su movilidad y mutabilidad; la esencia se manifiesta por medio del fenómeno, en tanto que este se presenta en forma directa e inmediata" ROSENTAL Y STRAKS, *Categorías del Materialismo Dialéctico*, Grijalbo, México, 1965, p. 62

<sup>93</sup> "Llámense categorías los conceptos más generales que reflejan las propiedades esenciales del universo y las leyes fundamentales que le rigen. Cada ciencia tiene sus propias categorías" (...) "A diferencia de las categorías de otras ciencias, las de la dialéctica reflejan las leyes y propiedades más generales de los fenómenos de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento. Por esta razón en la investigación de cualquier objeto es indispensable saber manejar acertadamente las categorías de la dialéctica" (...) Las categorías son conceptos muy generales. Cada una de ellas abarca un inmenso círculo de fenómenos. Así por ejemplo las categorías de materia abarca todos los objetos y fenómenos que existen independientemente de la conciencia. Pero ello no implica que las categorías sean magras abstracciones, pobres en contenido. Las categorías científicas consideradas en su vinculación mutua, reflejan de modo profundo y en todos sus aspectos el desarrollo, sujeto a leyes, de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento" (...) "Al resumir en cierto grado el conocimiento y reflejar las propiedades y leyes más importantes del mundo exterior, las categorías representan peldaños en el progreso cognoscitivo". F.V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de la Filosofía Marxista*, ob. cit. pp. 325 y 326.

la razón, por el contrario, aquellos existen objetivamente en los fenómenos y objetos de conocimiento de que se traten<sup>94</sup>.

Los conceptos revelan una continuidad de observación<sup>95</sup>, analítica, sintética, asociativa, incluyente, excluyente y comparativa de los deferentes fenómenos del mundo material y social que interactúan con el hombre<sup>96</sup>.

Así mismo, por razones de la ley del cambio, de la transformación de la cualidad en cantidad y la cantidad en cualidad, y por la dinámica de los extremos *de lo total y lo relativo* que rigen y operan en todos los procesos de conocimiento de indistintas áreas de saber científico, se comprende que los contenidos de los conceptos no se pueden considerar estáticos, petrificados, ni inamovibles.

---

<sup>94</sup> Cfr. F.V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de la Filosofía Marxista*, Grijalbo, México, 1984, p. 323.

<sup>95</sup> "El análisis o descomposición mental de un objeto en sus partes integrantes para descubrir los elementos más simples de un todo complejo, es indispensable en toda indagación científica. Gracias al análisis podemos distinguir y comprender los aspectos esenciales del objeto de que se trate. Si no conociéramos cuáles son los elementos de que se compone la sociedad, jamás podríamos captar su esencia, ni esclarecer la relación entre sus partes integrantes. Pero el estudio del objeto no se reduce a su análisis. Si se desmesura la importancia del análisis y se le convierte en el único método de investigación, se llega a una concepción metafísica de la realidad, es decir, a la fragmentación del objeto en elementos singulares, aislados unos de otros y desvinculados entre si. Los conceptos obtenidos exclusivamente por medio del análisis revisten un carácter unilateral y carecen de profundidad. El pensamiento científico presupone la unidad del análisis y de la síntesis, gracias a ella, lo concreto es reproducido en el pensamiento". KONSTANTINOV, *Fundamentos de la Filosofía Marxista*, ob. cit. p. 324.

<sup>96</sup> "El concepto no refleja todas las propiedades del objeto, ni todo el objeto tal como es, sino sus propiedades, aspectos, vínculos y relaciones esenciales, la ley de su movimiento y desarrollo. El concepto refleja su naturaleza universal" (...) "Sin embargo del hecho de que en la forma del concepto se refleja lo universal no debe inferirse, ni mucho menos, que en el concepto se pierde todo vínculo entre lo general y lo singular. La universalidad del concepto tiene su propia base objetiva: la existencia en el propio mundo material de propiedades y nexos generales, de leyes objetivas de la realidad exterior" KOPNIN, *Lógica Dialéctica*, ob. cit. pp. 233 y 234.

Por el contrario, están sujetos a la ley permanente e ininterrumpida de su desarrollo y formación; proceso en el que se tornan susceptibles de cambios cualitativos, modificaciones, enriquecimientos, con lo cual se demuestra que el conocimiento de la realidad objetiva, del mundo material y social, sus conceptos y categorías, obedece a las dinámicas de la continuidad e ininterrupción dialécticas.

### 3.- De la fase conceptual en el proceso penal.-

Previo paso a abordar lo referente a la fase conceptual o de juicios que operan al interior del debido proceso penal en el que se efectúan juicios y conceptos de diversa índole, es necesario detenernos en unas reflexiones, así:

En el área del saber<sup>97</sup> del derecho penal<sup>98</sup> respecto de sus objetos límites<sup>99</sup> de conocimiento que dicen relación con lo *debido sustancial* se han

---

<sup>97</sup> "Son muchas las opiniones acerca del carácter del derecho, por lo cual es preferible entenderlo como un saber que –al igual que todos- debe establecer sus límites (definir su horizonte de proyección) en forma que le permita distinguir el universo de entes que abarca y, por ende, el de los que quedan excluidos. Pero toda delimitación de un saber responde a cierta intencionalidad, porque siempre que se busca saber se persigue algún objetivo que, al menos en el caso de las disciplinas jurídicas en general y en el derecho penal en particular, no puede ser la mera curiosidad. El objetivo o intencionalidad del saber (el para qué concreto de cada saber) es lo que le permite acceder al conocimiento de ciertos entes, pero siempre desde la perspectiva de esa intencionalidad, es decir, ensayar su horizonte de comprensión (o de explicación) de esos entes con ese particular interés (...)

"El horizonte de proyección del derecho penal, abarcando las normas jurídicas que habilitan o limitan el ejercicio del poder coactivo del estado en forma de pena (poder punitivo) sería el universo dentro del cual debe construirse un sistema de comprensión que explique cuáles son las hipótesis y condiciones que permiten formular el requerimiento punitivo (teoría del delito) y cuál es la respuesta que ante ese requerimiento debe proporcionar la agencia (judicial) competente (teoría de la responsabilidad punitiva). En síntesis, el derecho penal debe responder tres preguntas fundamentales: a.- ¿Qué es el derecho penal= (teoría del derecho penal), b.- ¿Bajo qué presupuestos puede requerirse la habilitación de la pena? (teoría del delito), y c.- ¿Cómo debe responder a este requerimiento la agencia

construido<sup>100</sup> categorías relacionales<sup>101</sup> en las que se integran *contenidos formales o estructurales preestablecidos*, los cuales deberán estar referidos a unos correspondientes *contenidos materiales*, esto es, a su presupuesto de acción o conducta humana. Se trata de conceptos o categorías que por virtud del principio de la dialéctica de contrarios, también contraen sus contrarios o juicios negantes.

Por ejemplo, en el concepto de injusto penal se involucran las categorías de *acción, omisión*, las valoraciones de conducta *típica, antijurídica y culpable*, las cuales se integran al concepto de *responsabilidad penal* en sentido positivo o excluyente, y proyectan contrarios en los conceptos de *ausencia de conducta, ausencia de omisión*, y como es de suyo, las categorías de *conducta atípica, conducta justificada y conducta inculpable*, etc.

---

judicial competente (teoría de la responsabilidad punitiva) EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 3 y 4.

<sup>98</sup> Cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, pp. 57 y 58.

<sup>99</sup> "De esta manera, el derecho penal no es solo "Control del Control (límite y control externo y formalizado de los poderes punitivos del Estado) sino también, y en primer término "Control Controlado, es decir, poder en sí mismo limitado y encauzado de conformidad con; a.- reglas objetivas e igualitarias (garantías formales), y b.- del mismo modo esencial, con criterios materiales de valoración acerca de lo que en el hombre como persona inviolable y de lo que en el mismo merece el máximo resguardo (garantías formales). JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Concepto y Límites del Derecho Penal*, Temis, Segunda Edición, Bogotá, 1994, p. 6.

<sup>100</sup> Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal*, Parte General, ob. cit., p. 6.

<sup>101</sup> "El significado de un concepto jurídico depende de la relación jurídica dentro de la cual es utilizado. Por ello es desacertado hablar en este contexto de "conceptos jurídicos relativos". Mas bien, es correcta la palabra relacional, pues el significado de un concepto jurídico será determinado, como se ha dicho, a través de la relación en la que aparece". ARTHUR KAUFMAN, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 201, 202 y 204.

En aquella, también, se integran los conceptos de *autoría* (material, intelectual, mediata, coautoría) y *participación* (cómplice, determinador, interviniente), cuyos contenidos de atribución de responsabilidad penal, dependen del paradigma explicativo en el que se halle plantado el operador de justicia conforme a la teoría y la jurisprudencia, esto es, dependerá de la aplicación de la teoría objetiva, versión formal<sup>102</sup> o material<sup>103</sup>, teoría subjetiva<sup>104</sup>, de la acción final, del dominio del hecho<sup>105</sup>, o de la teoría del dominio del injusto<sup>106</sup>, etc.

---

<sup>102</sup> Con relación a esta construcción, JESCHECK, dice: La antigua teoría objetivo-formal se atuvo rigurosamente al tenor literal de las definiciones de la acción contenidas en los tipos y consideraba autor, sin consideración alguna a la importancia de la contribución en el marco del suceso global a quien cumplía plenamente con el comportamiento descrito por el tipo en cambio, cualquier otra aportación causal al hecho solo podía ser necesariamente participación". H.H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1978, p. 698.

En igual sentido MAURACH, escribe: Esta concepción que se retrotrae a FUERBACH, inmersa en la consideración tradicional del delito como un acontecer puramente causal, se encontraba obligada a seguir el espinoso camino de intentar una diferenciación entre autoría y complicidad también en el campo de la causación. La autoría se encontraba en la creación de la causa y la complicidad en la creación de condiciones que solamente favorecieran el hecho. La delimitación entre causación y promoción, entre ejecución y complicidad se realizaba en el ámbito de la tipicidad. La ejecución del hecho era entendida en un sentido estrictamente técnico-típico. Es autor quien ejecuta personalmente la acción típica" (...) "La disposición interna del autor, especialmente su interés personal en el resultado y el dominio espiritual de su ubicación dentro de una pluralidad de sujetos actuantes, es irrelevante. Lo único decisivo es la tipicidad del actuar inmediato visto en forma puramente objetiva. Por el contrario, nos encontramos ante la complicidad cuando el colaborador, sin ejecutar personalmente la acción típica, actúa en forma meramente preparatoria o en apoyo de esta". REINHART MAURACH, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Vol. II, Editorial Astrea, 1995, V. II, página 311.

<sup>103</sup> Con relación a esta construcción teórica, JESCHECK dice: El defecto de la teoría objetivo-formal se evidenció en los delitos de resultado puro, pues en ellos la acción consiste sólo en la causación del resultado típico y, en consecuencia, falta una adecuada descripción del injusto de acción para poder diferenciar entre la autoría y la participación. Para estos casos la teoría objetivo-material suministró un complemento a través del punto de vista de la mayor peligrosidad que debería distinguir a la aportación del autor al hecho en comparación con la del cómplice. Asimismo, se recurrió a supuestas diferencias en la clase e intensidad de la relación causal". H.H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol.I, Barcelona, Editorial Bosch, 1978, página 68.

---

<sup>104</sup> ZAFFARONI al respecto de ella, escribe: Doctrinariamente se han ensayado distintos caminos para conceptuar al autor. Un sector sostiene un concepto extensivo que abarca a todo el que pone una causa para la producción del resultado. Este concepto de autor se basa en la causalidad: todo causante es autor, con lo cual la participación sería solo una forma de atenuación de la pena y, en caso de no atenuación, genera la tesis del autor único (...)

Resulta lógico que el concepto extensivo de autor incline a la doctrina a buscar una delimitación de la autoría por el camino de lo subjetivo (teoría subjetiva de la autoría), toda vez que no dispone de ninguna característica objetiva del tipo para hacerlo. La teoría subjetiva se basa en la tesis de la equivalencia de las condiciones, afirmando que el autor quiere el hecho como propio (*animus auctoris*), por oposición al *animus soci*, que sería característico de los partícipes. La insuficiencia de esta delimitación se demuestra con múltiples casos en los que por más que un sujeto haya querido un resultado como propio y lo haya causado, no puede considerársele autor, pese a que no haya querido el resultado para sí.

De cualquier manera, la teoría subjetiva lleva una parte de verdad, en cuanto a que no puede delimitarse la autoría sin tener en cuenta datos subjetivos, pero su fracaso obedece a que ignora cualquier dato objetivo. Lo mismo ocurre con la teoría objetiva, en la medida en que quiso circunscribir el planteo a la tipicidad y vincularlo a la estructura del tipo, pero se estrelló con la insuficiencia de la teoría del tipo, concebido como puramente objetivo en ese momento. La teoría formal objetiva no tenía otro recurso que atenerse a la relevancia delimitadora del verbo típico: según esta tesis era autor el que realizaba personalmente la acción descrita par el tipo, lo que tenía el claro inconveniente de dejar fuera la autoría mediata y la coautoría". EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho...*, ob, cit, pp. 739 y 740.

<sup>105</sup> Con relación a esta teoría, ROXIN, como síntesis escribe: Si al final de nuestro camino volvemos la vista atrás y tratamos de resumir los resultados que hemos obtenido para la doctrina de la autoría, resulta el siguiente esquema: 1.- El autor es la figura central del suceso concreto de la acción. 2.- La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano. 3.- El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor, presenta las manifestaciones del dominio de la acción, dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho. 4.- El dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano. 5.- El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas. 6.- El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva. 7.- El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes. 8.- La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado. 9.- La

Así mismo, de forma relacional se integran los conceptos de dolo, culpa, preterintención, consumación, tentativa, concurso de delitos, imputabilidad, inimputabilidad, penas, medida de seguridad, atenuantes y agravantes punitivas, genéricas y específicas; etc., etc.

De otra parte, en los ámbitos procesales y probatorios se conocen diversidad de categorías, unas, de incidencia sustancial, otras, de

---

coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto. 10.- Los delitos de propia mano se encuentran en el derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico. 11.- La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano. 12.- La participación es un hecho principal cometido sin finalidad típica por principio está excluida en los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancia fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo". CLAUD ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998, páginas 567 y 568.

<sup>106</sup> "Pero adoptando el dolo de la tradición, que incorpora la conciencia del injusto, bien puede seguirse la teoría del dominio del hecho, pero involucrando en ella el desvalor del injusto. Luego *autor no es quien domina el supuesto del hecho, sino aquel que domina el hecho injusto*. Dominar el hecho objetivo sin dominar el injusto que encierra no es dominio completo. El manejo adicional del centro de gravedad de la conducta, que es en efecto la antijuridicidad, ayuda eficazmente, por el contrario, a distinguir al autor del partícipe" (...)

"No se ha querido decir, empero, que, la teoría del "dominio del injusto" se refiera a la "acción típica" amalgamando la tesis finalista con la teoría formal objetiva, porque con ello no estaríamos avanzando absolutamente nada, en lugar de hacerlo hasta el injusto como se propone"

"Nótese que "las valoraciones del derecho positivo, responden al concepto de antijuridicidad objetiva, y ciertamente ello depende sólo del legislador y no de lo que un sujeto haga o piense. Nuestro razonamiento apunta a la distinción entre el concepto general de la antijuridicidad y el concepto concreto del injusto del sujeto, refiriéndonos a que éste como autor domina su propio ilícito, sin menoscabo de las valoraciones generales sobre lo que el Estado Considera antijurídico *erga omnes*. Es porque se pretende que la norma penal en concreto ejerza simultáneamente las funciones de valoración (antijuridicidad objetiva) y determinación o motivación (culpabilidad) MARIO SALAZAR MARÍN, *Autor y Partícipe en el Injusto Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, pp. 104 y 105.



incidencias instrumentales, las cuales en su universo, relativas a lo debido sustancial, debido procesal y debido probatorio, constituyen los objetos de estudio del derecho penal, disciplina a la que algunos otorgan el calificativo de ciencia penal<sup>107</sup>, y otros hacen negación de dicho postulado.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental*, Tercera Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 62 y 63.

<sup>108</sup> “La ciencia del derecho ha tenido ya muy a menudo que oír la sindicación de no ser en absoluto una verdadera ciencia. En mayor grado viene ese reproche de una comparación con las ciencias naturales exactas, pero por supuesto no siempre de una manera tan ruda como ocurre con ANDRÉS VILHELM LUNDSTEDT, quien considera los conceptos de “derecho”, “norma jurídica”, “obligación”, “derecho subjetivo” como supersticiones místicas y en lugar de ellos habla de “engranajes jurídicos”, “mecanismos jurídicos”, “maquinarias de la sociedad” (...)

“JULIOS HERMANN V. KIRCHMANN ganó celebridad con su ensayo sobre *El carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia*, leído por el en 1848 en la Sociedad Berlinese de Juristas y que realmente no es ningún melindre. KIRCHMANN acusa enérgicamente al positivismo jurídico de haber entregado el derecho a la arbitrariedad. “Cuanto mejor sería que la ciencia del derecho pudiera abordar como las ciencias naturales directamente su objeto (...) El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millones de años. La rosa florece aún hoy día como en el paraíso. Pero el derecho cambia desde entonces”. Y agrega luego: “Si se prosigue la comparación, se descubre una nueva particularidad del objeto de la jurisprudencia en la circunstancia de que el derecho no sólo consiste en el saber sino también en el sentir, que la sede de su objeto no se encuentra sólo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres. Los objetos de otras ciencias (se piensa en las ciencias naturales) están libres de aditamiento (...) la ley positiva es en su determinación final pura arbitrariedad”. Y en seguida pone KIRCHMANN al descubierto toda la miseria de la jurisprudencia: “La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del déspota. Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, meditaciones, tratados y casos jurídicos? (...) Nueve décimas partes y aún mas tratan de lagunas, ambigüedades, contradicciones, falsedades, anacronismos y arbitrariedades de las leyes positivas (...) por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; abandonando la madera sana, anidad y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel de desecho”

“De cualquier modo que se adelante la disputa sobre la cientificidad de la ciencia del derecho, siempre termina en una *petitio principii*, en un falso problema. Dónde está escrito que sólo las ciencias naturales son verdaderas ciencias? El concepto de ciencia no es ningún dogma, el no quiere ser el mismo para las distintas esferas del

Sin efectuar abolicionismo hacia el conjunto conceptual que constituye el objeto- universo de saber del derecho penal, el cual como todas las áreas de conocimiento obedece al principio de progresividad o ley del cambio, movimiento continuo, permanente e ininterrumpido hacia el avance, descubrimiento como acumulación de nuevos conocimientos, hacia la superación dialéctica de viejos paradigmas y evitación de regresiones, y desde luego, hacia la toma de responsabilidad ideológica y política frente al hombre, su mundo y respeto de sus derechos fundamentales:

Dialéctica en la que la apuesta apunta hacia la ruptura y superación de concepciones de doctrina y jurisprudencias *antidemocráticas del derecho penal*, en la que el horizonte jurídico, político e ideológico, debe mirar hacia la construcción y concepción democrática del derecho penal dentro de los límites del control del control y del control controlado que rigen en el Estado Constitucional, social y democrático de Derecho; construcción que como proyecto reclama aplicar en la cotidianidad una judicatura democrática, la construcción y aplicación de conceptos que apuesten a la

---

saber, es uno para las ciencias naturales "explicativas", otro para las ciencias del espíritu "comprensivas". En efecto, habrá de exigirse para cada ciencia un mínimo de presupuestos: se tiene que tratar de *conocimientos*, los cuales son logrados mediante un *método racional* (en donde por "racional" no se considera sólo la actividad del *entendimiento* que analiza conceptualmente, sino también el proceso de la *razón*, que tiende a la relación y a la unidad del saber, esto es, no solo racionalidad formal sino también material, los conocimientos tienen que estar *objetivamente ligados* (lo que no es equiparable a lo lógico -sustancial; de manera, que el derecho ha de ser, antes que otra cosa, relación y no substancia; las relaciones de los hombres entre si y con las cosas constituyen el "objeto" del derecho, los conocimientos tienen que ser *verificables* (lo que no quiere decir que tengan que ser lógicamente obligatorios; la verificación en las ciencias normativas resulta del discurso, que en verdad no conduce siempre al consenso, como opinan muchos teóricos del discurso, pero a lo menos tiene que demostrar *valides intersubjetiva, capacidad de consenso*" (...)

"Sin duda hay que reconocer que las ciencias naturales exactas están mas cerca al ideal de cientificidad que las ciencias normativas. En definitiva, la ciencia del derecho no es solo ciencia, sino también es un arte" ARTHUR KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, ob. cit. pp. 128, 129 y 130.

concepción de una visión antropológica del delito, contraria a la sistemática o puramente funcionalista, al igual que su mira sea la descriminalización, despenalización, desprisonalización, desjudicialización y el reforzamiento de los derechos y garantías fundamentales en orden a la realización del derecho sustancial, con efectos de democratización y humanización<sup>109</sup> del derecho penal, en superación de las pretensivas totalitarias que postulan por convertirlo en el instrumento de represión maximizado y sin límites, a utilizarlo en todo y para todo.

Si bien es cierto las categorías jurídicas *“no constituyen una actividad propiamente científica, sino más bien una técnica social específica”*<sup>110</sup>, ni

---

<sup>109</sup> “Si la imagen que tengo ante mí no me engaña, la filosofía del derecho de las generaciones venideras no tendrá rasgos modernos irracionales, místicos, ni tampoco estará caracterizada por un creciente ascenso de la razón formal, técnica, funcionalista. Mas bien, deberá recordar de nuevo su tarea original, esto es, dar respuestas a los interrogantes que los hombres plantean a la filosofía del derecho: la pregunta sobre las condiciones de una sociedad bien ordenada, la pregunta sobre una paz duradera, la pregunta sobre los bienes, posibilidades y cargas que cada uno recibirá como propios, la pregunta sobre la medida de justicia que a los humanos no es posible realizar”.

“A la larga no podremos tolerar una filosofía del derecho que casi exclusivamente trata de problemas formales o se agota en meta-teorías. Reiteramos: nada contra tales esfuerzos. Pero si no se cultiva más ninguna filosofía de contenido, deberán airearse rápidamente las teorías formales y las meta-teorías”.

“La idea de toda filosofía del derecho de contenido puede ser solo la idea del hombre, y por eso en el hombre en su totalidad puede también fundarse siempre la verdadera racionalidad del derecho. La filosofía del derecho no es ningún juguete para una élite de lógicos aventajados. Como todo derecho, está allí por voluntad de los hombres y no al revés; así también la filosofía del derecho debe plantearse constantemente la pregunta, de hasta dónde sirve al hombre. Cultivar la filosofía del derecho debe significar hoy más que nunca, tomar responsabilidad frente al hombre y su mundo” ARTHUR KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la postmodernidad*, Temis, Monografías Jurídicas, Bogotá, 1992, pp. 66 y 67.

<sup>110</sup> “Hemos cerrado el capítulo anterior estableciendo dos conclusiones que tienen una particular importancia: una es que la dogmática jurídica, lo que generalmente se denomina ciencia jurídica, no es, ni tiene sentido pretender que lo sea una actividad científica, sino más bien una técnica social específica; la otra es que el mapa de los saberes jurídicos tiene unos contornos que rebasan con mucho los del saber

corresponden con los rigores a los que obedece la verdadera científicidad; ello no es obstáculo para que puedan ser aprehendidos de manera científica, esto es, con aplicación de la metodología dialéctica<sup>111</sup>.

Sin centrarnos en la para algunos inacabada y para otros zanjada discusión, acerca de si el derecho penal es ciencia o no; si tiene objeto de estudio propio, prestado o impuesto por los legisladores de turno, o si dentro de dicho universo de pretendida ciencia, también, ha lugar a incluir como científicos a los legisladores de tránsito, quienes son los que poseen la decisión en los procesos sociales de criminalización. Sin preguntarnos y responder: ¿si a ellos también se les puede otorgar la mención de científicos de la legislación penal? y si acaso será que aquellos también hacen ciencia cuando legislan?; interrogantes, entre otros, que merecen puntuales e inequívocas respuestas sobre las que no nos vamos a detener.

Pensamos que discurrir acerca de la científicidad o no<sup>112</sup> del derecho penal<sup>113</sup>, no es el aspecto central de debate en el que deben girar las

---

jurídico tradicional. Por otra parte, ambas conclusiones están estrechamente interconectadas. En este capítulo se tratará de ofrecer al lector una visión de cuál es la situación actual de los saberes jurídicos, pero este desarrollo de la segunda conclusión influye en la primera por lo menos en dos sentidos: 1.- el hecho de que la dogmática jurídica sea una técnica y no una ciencia, no excluye que pueda haber otros saberes jurídicos de tipo científico; 2.- si la dogmática jurídica pretende configurarse no sólo como técnica, sino como una tecnología (es decir, como una técnica que emplea conocimiento científico, por así decirlo, como una actividad más próxima a la agronomía que a la agricultura tradicional) es imprescindible que se abra hacia los otros saberes jurídicos en busca de teorías y métodos que puedan ser operativos en la tarea de aplicar, desarrollar y sistematizar el derecho positivo". MANUEL ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Distribuciones Fontamara, México, 1998. p. 255.

<sup>111</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pp. 180 y 181.

<sup>112</sup> Cfr. ALBERT CALSAMIGLIA, *Ciencia, Jurídica, en El Derecho y la Justicia*; Trotta, Madrid, 2000, pp. 17 a 27; MANUEL ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Fontamara, México, 1998, pp. 163 a 246.

actuales reflexiones jurídico-penales, toda vez que como bien lo expresa ZAFFARONI refiriéndose a la criminología, lo cual es perfectamente aplicable al derecho penal: *“sin que debamos preocuparnos mayormente acerca de si ese saber es ciencia (...), creemos que desde nuestro margen, lo importante es establecer si existen órdenes de saberes necesarios para transformar nuestra realidad; y cuáles son estos, sin entrar en disputas ideológicas vinculadas a conceptos de «ciencia» que vienen condicionados por la estructura de poder mundial”*<sup>114</sup>.

Sin discusiones teóricas, meta-teóricas, pro-cientificistas o no, respecto del derecho penal; argumentaciones que por integración al todo y unidad del ordenamiento jurídico, obligarían a discurrir *in extenso*, y sin que ello suene peyorativo, acerca de si sus hermanas de tinta legislativa, como son las áreas de saber del derecho civil, laboral, agrario, administrativo, internacional, disciplinario, tributario, familia, y derecho de policía, entre otras, son de igual ciencias o no; sí ha menester que nos detengamos en las siguientes consideraciones:

---

<sup>113</sup> “Y cuando el jurista ha tenido algo que ver con las leyes de tal naturaleza? No es realmente característica, hasta demasiado visible, del mundo de experiencia en el que se mueve el jurista, la mutabilidad, la provisionalidad, la limitación espacial y temporal, la convencionalidad, la contingencia, el cambio incluso caprichoso, y en definitiva la total falta de universalidad y de necesidad?. Y todavía más: las verdades del científico de la naturaleza son verdades definitivas. Pero que hay de definitivo en la jurisprudencia?. Cuando ha ocurrido que sobre una cuestión jurídica se haya llegado al acuerdo universal de los doctos y que la tesis de un jurisconsulto, incluso grande, pueda considerarse adquisición perenne para todos los que le siguen, como en cambio ocurre con los descubrimientos científicos?. No es quizá la jurisprudencia el terreno más fértil de las disputas no resueltas y siempre reabiertas, el dominio de la opinión, precisamente en el sentido en el que <opinión> se distingue tradicionalmente de <ciencia>?” NORBERTO BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 174.

<sup>114</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1988, pp. 13 y 14.

Con fundamento en los postulados de la teoría del conflicto, compartimos la postulación en sentido de que *la criminalidad, el delito y sus conceptos no tienen existencia naturalista, ni ontológica*<sup>115</sup> de ser del mundo material.

Por el contrario, lo que existen son comportamientos que se dinamizan en relaciones sociales, económicas y políticas conflictuales, las cuales históricamente son objeto de selección institucional y se elevan a la categoría formal y material de delito; efecto de criminalización que es dependiente de los procesos selectivos de inclusión y exclusión, en los que entran en juego intereses sociales, políticos y económicos.

Para la criminología crítica y teoría del conflicto, el delito y la criminalidad *“dejan de tener cualidades ontológicas” y pasan a ser una manifestación político institucional*<sup>116</sup> del poder; expresión que como realidad son todas las formas de control social formal e informal.

---

<sup>115</sup> “Mi conclusión es que la criminología crítica tiene que abandonar una perspectiva catascópica de la realidad social, basada en las actividades definitorias del sistema, en cuanto tales, y tiene que tomar en cambio una postura anascópica hacia la realidad social. Esto hace necesario abandonar como instrumento del marco conceptual de la criminología la noción de delito. El delito no tiene realidad ontológica. El delito no es el objeto, sino el producto de la política criminal#. L. C. HULSMAN, *La criminología crítica y el concepto de delito*, en *Seminario Criminología Crítica I*, Medellín. Universidad de Medellín, 1984, p. 208; y Cfr. ALESSANDRO BARATTA, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1986. pp. 166 y 167.

<sup>116</sup> “Las teorías conflictuales de la criminalidad niegan el principio del interés social y del delito natural afirmando que:- a.- Los intereses que están en la base de la formación y de la aplicación del derecho penal son los intereses de aquellos grupos que tienen el poder de influir en los procesos de criminalización. Los intereses protegidos a través del derecho penal no son por tanto intereses comunes a todos los ciudadanos, b.- La criminalidad en su conjunto es una realidad social creada a través del proceso de criminalización. La criminalidad y todo el derecho penal, tienen siempre, en consecuencia naturaleza política”. ALESSANDRO BARATTA, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, ob. cit. p. 123.

En otras palabras, el delito y la criminalidad son decisión y manifestación de los hegemónicos del poder, que se consolidan en el proceso de creación y aplicación de normas, es decir, en los “procesos sociales de criminalización”, de que se ocupa la criminología materialista. Al respecto, en apretada síntesis, HULSMAN nos dice: *“El delito no tiene realidad ontológica. El delito no es el objeto, sino el producto de la política criminal. La criminalización es una de las varias maneras de construir la realidad social”*<sup>117</sup>.

Nuestro inolado Maestro EMIRO SANDOVAL HUERTAS, al respecto afirmó:

*“Esa innovación en el objeto de estudio de la criminología, la cual certamente ha venido siendo identificada como un «cambio de paradigma» con base en las elaboraciones de THOMAS KHUN, ha obedecido fundamentalmente a dos razones: De una parte, la indiscutible comprobación teórica y empírica de que la condición de criminal, delincuente o desviado no es ninguna calidad ontológica de determinados comportamientos, sino apenas un calificativo -con todas sus graves consecuencias- que se asigna a algunos individuos y conductas, mediante una serie de selecciones basadas principalmente en la desigual distribución de recursos y de poder dentro de la sociedad y que, por consiguiente, poco y nada tiene que ver con la eventual dañosidad social de ciertos actos; y de otra el hecho de que epistemológicamente resulta en toda forma inadmisibile la pretensión de averiguar las «causas» o «motivos» de un fenómeno definido por medio de selecciones normativas, convencionales, institucionales o sociales”*<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> L. C. HULSMAN, *La criminología crítica y el concepto de delito*, en *Seminario Criminología Crítica I*, Medellín. Universidad de Medellín, 1984, p. 208;”, ob. cit., p. 208.

<sup>118</sup> EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema Penal y Criminología Crítica*, Bogotá, Temis, 1985, p. 2.

Si como es cierto, que el delito “*no tiene existencia etiológica, naturalista, ni tiene existencia ontológica*” como ser del mundo material. Si en su contrario sociopolítico, el delito, sus formas, tratamientos sustanciales, procesales y penitenciarios se traducen y consolidan como producto de la política penal y política criminal, toda vez que lo que el derecho y las hegemonías hacen es seleccionar conforme a intereses, determinados comportamientos, y por efectos de los procesos sociales de criminalización (proceso de creación de normas y proceso y sistema de aplicación de las mismas) es como se otorgan valoraciones al delito.

Si lo anterior es cierto, entonces, de consecuencia reflexiva y *paradigma alternativo* se torna dable afirmar que aquella postulación teórica referida por la criminología crítica al evidenciar la característica de la “*inexistencia ontológica del delito*”, de contera, proyecta incidencias y afectaciones a todos los conceptos y categorías jurídicas que dicen relación con los particulares, singulares e indistintos tratamientos del delito, es decir, proyecta *cambios de sentidos de visión* hacia todos los conceptos y desarrollos de la teoría del derecho penal, teoría del delito, de la pena, responsabilidad punitiva y teoría procesal penal; teorías cuyos conceptos, categorías descriptivas y referentes a los contenidos formales y materiales del “delito”, constituyen el objeto de estudio del área de saber del derecho penal.

Con fundamento en lo anterior, nos atrevemos a afirmar que: El delito, los conceptos ideologizados del mismo, ni los contenidos de las categorías descriptivas tratantes de este, de las que se han ocupado la teoría del delito, la dogmática penal<sup>119</sup>, teoría de la pena y teoría de la responsabilidad punitiva: *no tienen existencia ontológica*, toda vez que su existencia formal obedece a criterios selectivos de creación legal, a

---

<sup>119</sup> Cfr. MANUEL ATIENZA, *Introducción al Derecho*, ob. cit. pp. 246. 247 y 248.



creaciones ideologizadas, de lo cual se infiere que los contenidos conceptuales y descriptivos que dicen relación con el delito, antes que proyectar existencias ontológicas, lo que en absoluto contrario proyectan es una existencia normativa.

En efecto, es innegable que sus extremos formales y estructurales, en última instancia constituyen manifestaciones políticas, dependientes y, en ocasiones, utilitarias de los multifactores políticos, económicos, sociales e ideológicos de los decisionistas del poder o de los regímenes, e incluso de los vaivenes, como balanceos jurisprudenciales.

Empero, por la circunstancia de que los contenidos formales, descriptivos y conceptuales que dicen relación con el delito y su objeto de estudio sean resultado de procesos ideológicos, selectivos, normativos, convencionales, institucionales, a diferencia de los contenidos de los conceptos de las diferentes áreas de conocimiento científico; ello no es obstáculo para que puedan ser estudiados de manera científica con aplicación del método dialéctico, ni se torna en obstáculo para que la teoría del conocimiento en sus diferentes fases y en su fase conceptual tenga aplicación.

En el proceso reconstructivo de conductas punibles, la *fase conceptual* tiene aplicación y se cumple de manera interrelacionada con las fases sensorial, de abstracción, concreción, razonamientos y juicios<sup>120</sup> de

---

<sup>120</sup> "El juicio es la forma del pensamiento que afirma o niega algo. Es producto de la actividad práctica del hombre. Este constantemente inquiere por la objetividad de su pensamiento. Compara lo pensado con la realidad para fundamenta lo verdadero y lo falso. Esta formulación de juicios es consubstancial al proceso del pensamiento humano. Y por consiguiente no escapa a ninguna actividad de las que el hombre realiza ni a ninguna ciencia o disciplina. Siempre el ser humano está afirmando o negando en relación con un objeto de conocimiento"

"De manera que el juicio no es ajeno al proceso de la prueba judicial. El juzgador siempre estará afirmando o negando la verdad o falsedad de un hecho según este se halle probado y concuerde o no con la realidad, se acomode o no a las leyes de la experiencia; calificará el testigo como ceñido a la verdad o como falso de acuerdo

existencia, afirmación, negación, reflexión, de necesidad, o juicios de concepto.

Este proceso se cumple cuando el juez tras generalizar percepciones de fenómenos probatorios, efectuar abstracciones, concreciones, razonamientos por separado, en conjunto, tras diferenciar lo esencial y no esencial, principal y secundario, necesario y causal, casual y contingente, general, particular y singular, posible e imposible, lo concreto, característico y determinado de los contenidos esenciales de la conducta investigada, procede mediante juicios de valoración a ubicar, incluir o excluir conceptualmente los hechos analizados al interior de las indistintas categorías tratantes del delito.

Estos juicios sustanciales se cumplen en forma gradual a todo lo largo del debido proceso penal en sus diferentes fases, y el objetivo es la de apuntar a la prevalencia del derecho sustancial en el sentido de consolidar y dejar incólume la presunción de inocencia, o su resultado contrario, de infirmación y desvirtuación de la misma, conforme a juicios y valoraciones de igual sustanciales.

Las fases conceptuales y juicios (*de existencia, afirmativos, negativos, de reflexión, necesidad, o juicios de conceptos*); ejercicios en los que se identifican los aspectos esenciales y característicos de acción respecto de una conducta objeto de interés penal, son estadios que, también, obedecen a dialécticas de contrarios, a saber:

---

al contenido de su testimonio comparándolo con la realidad, estudiando sus condiciones objetivas de percepción y narración y las condiciones o mejor las circunstancias que ligen al testigo con el proceso, todo dentro del contexto de la relatividad de la verdad. Es decir, la formulación de juicios está presente a todo lo largo del desarrollo del proceso judicial" JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA, ob, cit, p. 284.

Significamos, que en esas fases se pueden llegar a proyectar veracidades conceptuales, como errores de juicios. En igual sentido, se pueden recoger conocimientos verídicos, probables, e incluso efectuar hipótesis acerca de los rasgos, características, y/o propiedades fenomenológicas de la conducta por conocer.

La dialéctica de contrarios referida es tan esencial, que justamente es la que epistemológicamente otorga soportes y proyecta sus contenidos hacia las categorías jurídicas que en el área del derecho penal sustancial se conocen como *errores in indicando*, esto es, errores de juicio y errores de conceptualización, que se materializan en lo que en la casación penal se conoce como errores de hecho derivados de falsos juicios de existencia por ignoración o suposición de pruebas; errores de hecho derivados de falsos juicios de identidad por distorsión o tergiversación de contenidos fáctico probatorios, y errores de hecho derivados de falsos raciocinios, por atropello a las máximas de experiencia, leyes de la lógica o la ciencia.

Así mismo, las veracidades de juicio, el recogimiento de conocimientos verídicos, probables, al igual que la construcción de hipótesis acerca de la conducta objeto de interés penal, es una dialéctica que da soportes y proyecta contenidos hacia las categorías que en derecho sustancial se conocen entre otras como: adecuación típica inequívoca, adecuación antijurídica y adecuación culpabilista inequívoca en grados de plenitud probatoria y certeza; y en punto de conocimientos probables en la categoría conocida como *in dubio pro reo*; y en tema de la construcción de hipótesis acerca de la conducta objeto de investigación y juzgamiento, en la categoría conocida como indicio grave de responsabilidad penal:

El indicio de responsabilidad penal como categoría y fenómeno lo abordaremos desde la teoría del conocimiento como una *hipótesis de responsabilidad penal*, bajo la comprensión epistemológica que el indicio

en materia criminal lo que traduce es una verdadera *hipótesis de responsabilidad penal*; categoría de hipótesis en la que también se implica el *contra indicio*.

Esta fase que se efectúa a lo largo del proceso penal acusatorio en los estadios de formulación de imputación, imposición de medida de aseguramiento, formulación de acusación, preclusión, o en los contenidos de la sentencia; dígase que el ejercicio de juicios que realizan el fiscal, juez de conocimiento, al igual que las partes intervinientes, es el ejercicio de identificación de fenómenos que expresen la conducta objeto de interés penal.

En efecto, es el ejercicio de la ubicación mediante razonamientos y juicios valorativos de facticidades al interior de extremos formales, estructurales y materiales de las correspondientes categorías jurídicas regulantes de la conducta punible; esto es, en la ubicación en los conceptos de adecuación típica, antijurídica y culpable; adecuaciones de autoría (material, intelectual, mediata, coautoría) o participación (complicidad, determinador, interviniente), o expresiones de agravación o atenuación, etc., o en la adecuación de esos contenidos materiales de conducta en los contenidos formales que dicen relación con las categorías excluyentes de responsabilidad penal.

Es necesario puntualizar que cualquiera fuere el ejercicio de juicios y conceptos que se realice al interior del debido proceso penal (para el caso del sistema acusatorio), estos de manera necesaria deben partir del respeto de los contenidos de lo debido sustancial penal, de lo debido procesal penal, y desde luego, de lo debido probatorio.

Con lo anterior, significamos que los ejercicios de juicios y conceptos que se producen en el curso del debido proceso penal son dinámicas que no se

pueden realizar en forma enunciativa, desmotivada, ni a la manera de libre facturación. Por el contrario, sus atribuciones sustanciales de inclusión o exclusión, siempre deberán obedecer y respetar los rigores conceptuales jurídicos que son los que justamente dan piso a los rigores conceptuales.

En otras palabras, traducimos la afirmación en sentido que en todos los juicios y conceptos que dicen relación con valoraciones de la conducta punible, siempre, desde la complejidad y complementariedad, en esos conceptos habrá de darse la unidad de la *lógica formal* y *lógica material*.

La trascendencia que se produce en la apuesta de la unidad y complementariedad de la *lógica formal* y *lógica material*, de cara a los ejercicios de juicios y conceptos, es la siguiente:

En lo que corresponde a la *lógica material*, hemos de afirmar:

Si como bien es cierto, el objeto de investigación y juzgamiento en un proceso penal es un delito; si como también lo es, que lo característico y esencial del delito es la conducta humana aprehendida en sus extremos de expresiones objetivas y subjetivas; bien se podrá colegir que ninguno de los juicios o conceptos que se formulen respecto del delito es dable que se construyan por fuera de la teoría de la acción, o más concretamente, al margen de los contenidos materiales de la conducta humana singular de que se trate, toda vez que constituye postulado axiomático del derecho penal que sin acción y sin conducta no es posible arribar a ningún juicio, a ninguna conceptualización jurídica referida al delito<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> “Una primera esencia considerativa con relación al tema nos conduce a afirmar con rigores que cualquier abordaje conceptual teórico-práctico que el indicio en materia criminal se haga, ora al concebírsele como fenómeno, ora como hipótesis (verificada), no podrá hacerse, ni erigirse al margen de la teoría de la acción, ni por

---

fuera de los contenidos materiales subjetivo-objetivos de la conducta humana en singular de que se trate”.

“En efecto, si lo *esencial* del delito es la *conducta humana*; si lo que identifica, caracteriza y le otorga contenidos materiales al injusto penal es la conducta humana; y si los indicios como expresiones fenoménicas lo que en efecto hacen, no es otra cosa que expresar, revelar, manifestar y dar a conocer, acabadamente o inacabadamente aspectos subjetivo-objetivos de la esencia-conducta singular de que se trate; será de suyo colegir que para un perfecto cubrimiento conceptual teórico-práctico que del indicio de responsabilidad penal se haga, deberá integrarse necesariamente a partir de la teoría de la acción, esto es, a partir de los extremos y contenidos subjetivo-objetivos de la conducta humana en singular y objeto de conocimiento; conducta determinada sobre la que habrán de recaer los juicios indiciarios, los que en últimas habrán de resolverse, no en simples indicios de autoría objetiva, ni en simples indicios de participación objetiva, sino en verdaderos indicios de responsabilidad penal”.

“Esta primera esencia considerativa nos verifica que el concepto de indicio en materia penal en general, el que singularmente se concreta en el concepto de indicio de responsabilidad penal, no posee unos contenidos puramente lógico abstractos, ni puramente lógico estructurales silogísticos, sino que por el contrario es una categoría del conocimiento y una categoría jurídico probatoria de carácter complejo, que en últimas se proyecta como una *categoría esencialmente sustancial*; y que en la complejidad de sus contenidos, el primer aspecto o presupuesto esencial lo constituye precisamente la conducta humana general, particular y singular objeto de conocimiento al interior del debido proceso penal”.

“Así las cosas, quien pretenda conceptualizar en lo teórico-práctico, acerca del indicio en materia penal en general y acerca del indicio de responsabilidad penal en particular y en singular –en cualquiera fuese la fase procesal de que se trate–, por fuera de los extremos y contenidos materiales referenciales subjetivo-objetivos de la teoría de la acción y de la conducta humana (en la que interactúa el hombre como entidad cósmica, sico-biológico e histórico social e individual determinado); lo que estará haciendo es juicios de logicidad abstractos; y para el caso no se podrá llegar a olvidar jamás, que ninguno de los contenidos valorativos referentes al indicio de responsabilidad penal, no se pueden abarcar, comprender, ni construir por fuera de los contextos generales, particulares y singulares de la conducta humana que en un momento y tiempo-espacios determinados realiza un hombre concreto, sobre la que habrán de recaer los diferentes juicios valorativos, entre los que se encuentra el indicio de responsabilidad penal”.

“Queremos significar, denotar y recordar que en nuestra Carta Política, concebida bajo la égida y el faro real y material del Estado constitucional, social y democrático de derecho, en lo que corresponde al derecho penal y al concepto de injusto; en su artículo imperativo 29 Constitucional, se consagró al *derecho penal de acto*, y se consagró insístase imperativamente a la *conducta humana*, como el presupuesto esencial del injusto penal; presupuesto de conducta entendida en sus expresiones concreto relativas de lo objetivo, y en sus expresiones concreto relativas de lo subjetivo, sobre las que como esencia suprema y soberana se erigen, construyen y

---

conciben todas y cada unos de los conceptos y categorías penales que dicen relación con el injusto penal dado en sus tratamientos de lo general, lo particular, lo singular y qué no decir de categorías penales que dicen relación con lo probatorio”.

“Como evidencia incontrastable de ello, basta simple y llanamente dar un solo vistazo a todos y cada uno de los artículos en los que a partir y sobre la base del predicado e imperativo 29 constitucional, en sentidos dados del *“acto que se le imputa”*; de correlación y efectos, en el código penal, se impera y se regulan los conceptos que dicen relación con: *“la conducta punible”* ; *“conducta típica”*; *“conducta antijurídica”*; *“conducta culpable”*; *“conducta dolosa”*; *conducta culposa”*; *“conducta preterintencional”*; *“tiempo de realización de la conducta punible”*; *“conducta punible de autoría, de participación”*; etc., etc.”.

“Con lo anterior, se significa y ello tampoco es ninguna novedad que desde la perspectiva *Político-Constitucional*, *la conducta humana*, hace parte inescindible e insoslayable de los extremos y contenidos de la imputabilidad, la inimputabilidad, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; en igual sentido, la conducta humana, entendida esta, subráyese como acción humana, vista en sus extremos y contenidos concreto sociales y por sobre todo concreto individuales; es la que da esencia y contenido a los conceptos de *autoría* (en sus proyecciones no de dominio del hecho, sino de dominio del injusto (SALAZAR MARÍN, *coautoría, participación* (complicidad y determinación), al igual que al concepto de *antijuridicidad* en punto de la cognoscibilidad singular de la misma; y al igual que a las expresiones de dolo, culpa y preterintención; asimismo, es la conducta humana práctico social e individual concreta y determinada, la que da esencia y contenido a las expresiones normativas que dicen relación con las atenuaciones, agravaciones, ausencias y/o exclusiones de responsabilidad penal; etc., etc.”.

“En esa medida pues, y desde una perspectiva *Político-Constitucional*, en su visión de Derecho Penal de Acto, dígase superlativamente que *la conducta humana*, es una realidad *político-constitucional*, la que no se puede negar, la que no se puede ocultar, y de la cual *no se puede llegar a prescindir*, en orden a excluirla de todos y cada uno de los conceptos y categorías normativas regulantes en forma general, particular y singular de la misma, y que se contraen en una respectiva codificación penal”.

“Si como es un hecho jurídico cierto e innegable que el presupuesto esencial del injusto penal es la conducta humana; y si como también es cierto, que es a partir y con referencia a la conducta humana, como se erigen, conciben y construyen todos y cada uno de los conceptos y categorías penales que dicen relación de tratamiento, adjetivación y valoración del injusto penal; pues, entonces, dígase de correlación y efectos, que el indicio de responsabilidad penal el que de igual es una categoría cognoscitiva y una categoría jurídico probatoria valorativa y *sustancial*, adjetivante y relacionada con el injusto penal, *no podría ser la excepción”*.

“Así las cosas, el predicado dado en sentidos esenciales, sustanciales y conceptuales, y en punto riguroso que no puede hablarse de indicio de responsabilidad penal, ni al margen de la teoría de la acción, ni por fuera de los extremos y contenidos subjetivo-objetivos de la conducta humana; es un postulado

De otra parte, en lo que corresponde a la *lógica formal*, dígase que cualquier juicio de existencia, reflexión, necesidad o juicio conceptual que sobre la conducta punible se intente atribuir, tampoco se puede efectuar al margen, ni con desconocimiento de los contenidos formales o estructurales de la categoría descriptiva del delito de que se trate.

En otras palabras, es dable comprender que en derecho penal sustancial se integran *formas y contenidos*; integración de la cual surge la unidad de la *lógica formal y lógica material*, lo cual significa que los juicios y conceptos sustanciales penales, como los de adecuación típica, adecuación antijurídica, adecuación culpable, atribución de autoría material, intelectual, mediata o coautoría, participación en sus expresiones de complicidad, determinador o interviniente, y/o, de exclusiones de responsabilidad penal, etc., como son las frases que se plasman al efectuarse formulación de imputación, de acusación, y en los contenidos de la sentencia sea condenatoria o absolutoria; se colige que todas y cada una de los conceptos que se atribuyen como adjetivación de la conducta objeto de interés penal, todas ellos no son simples frases, ni meras palabras; todo lo contrario, de cara a su conceptualización, necesariamente tendrán que estar precedidas con soportes de acción de conducta humana, y tendrán que obedecer y formularse, respetando los

---

que obedece y corresponde al *Principio Universal de Derecho Penal de Acto*, acogido Constitucionalmente, como en Tratados Internacionales y desarrollado legalmente en nuestro derecho positivo a todo lo largo y ancho del código penal, tanto en su parte general como especial”.

“En síntesis de la síntesis, desde una perspectiva rigurosamente esencial, conceptual y sustancial, jamás podrá llegar a concebirse el indicio de responsabilidad penal, por fuera de los extremos y contenidos subjetivo-objetivos de la conducta humana en singular de que se trate como objeto de conocimiento”. GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *Lógica del indicio en materia criminal*, T.II, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 3ª Edición, Bogotá, 202, pp. 218 a 223.



contenidos formales y estructurales positivos de la categoría normativa de que se trate.

En suma, dígase, que todos y cada uno de los juicios y conceptos que dicen relación con el delito, antes que erigirse como conceptos jurídicos o categorías normativas, constituyen por sobre todo expresiones de acción y fenomenologías de conducta humana<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> “En tratándose de la formulación de categorías penales, bien habrá de considerarse que las postulaciones teóricas que se hagan como visión alternativa y complementaria a las tradicionales dadas de indicio en materia penal, no pueden quedarse como simples predicados lógico abstractos, sino que por el contrario habrá de tratarse de consideraciones que tengan incidencias y trascendencias en la lógica material aplicada; de ahí que el primer interrogante a resolver habrá de ser el de preguntarnos y desarrollar, cuál es la importancia esencial que se da o que se produce de cara a la <lógica concreto-aplicativa>, al implicarse los contenidos de la conducta humana al interior de lo conceptual del indicio de responsabilidad penal”.

“Al respecto del anterior interrogante, consideramos que la trascendencia de cara a la lógica aplicativa y de cara a la aplicabilidad práctica en las indistintas fases procesales, está dada en lo siguiente:

“Si como es un hecho cierto que el objeto de conocimiento singular del debido proceso penal en singular, es un injusto penal; y si como también es cierto que por lo que se formula una imputación y por lo que se define situación jurídica, y/o que por lo que se formula acusación al interior de una singular investigación penal, es por la *presunta autoría responsable o presunta participación responsable* de una persona en la realización de un injusto penal; y si como también es un hecho cierto que por lo que se dicta sentencia condenatoria es por la *autoría o participación responsable*, y si como también lo es que los indicios como expresiones fenoménicas lo que en efecto hacen es expresar, mostrar, revelar o manifestar el delito; y si lo esencial del delito es la conducta humana; pues se colige y se advierte como tantas veces se ha dicho, que en tratándose de rigores sustanciales y conceptuales, no puede hablarse de <indicios del delito>, por fuera de los extremos y contenidos materiales de la conducta humana”.

“Ahora bien, en la teoría del delito en la que se implica la teoría de la acción o teoría de la conducta humana (entendida y comprendida en sus aspectos, internos y externos, esto es, subjetivo-objetivos dados en complementariedad y unidad inescindible; dicha conducta humana de cara al injusto penal, siempre habrá de resolverse en las <expresiones de acción> comprendidas en los extremos y contenidos de las categorías sustanciales penales de *autoría o de participación*, dadas en sus expresiones positivas o en sus formas excluyentes; esto es, siempre tendrán que resolverse en <expresiones de conducta>, las que le otorgan esencia y contenidos materiales a las categorías de *autoría o de participación*”.

En la anterior perspectiva, de la unidad de la lógica formal y lógica material, podemos afirmar que los juicios y conceptos que se efectúan en los estadios del proceso penal no pueden reducirse, quedarse a la libre imaginación de los funcionarios judiciales, de los sujetos intervinientes,

---

“Empero, las frases o palabras, de *autoría, participación o presunta autoría o presunta participación*, (en sus sentidos positivos o excluyentes) como son las imputaciones que se formulan y consignan al definirse situación jurídica, formularse la acusación, o proferirse sentencia (absolutoria o condenatoria); bien habrá de comprenderse desde una perspectiva rigurosamente fáctico-sustancial, que aquellas no habrán de plasmarse como simples frases, ni como simples predicados enunciativos inmotivados; por el contrario, dichas palabras de cara, orden y fines de su atribución o imputación, habrán de estar necesariamente precedidas y soportadas fácticamente con contenidos de acción, esto es, soportadas con extremos y contenidos de conducta humana subjetivo-objetiva exteriorizada”.

“Conforme a dicha perspectiva, si los indicios son expresiones fenomenológicas del injusto penal; y si lo esencial del delito es la conducta humana; y si la conducta humana en su relación al delito se resuelve en conductas de autoría o participación; se colige igualmente conforme a rigores jurídico sustanciales y probatorios, que para el caso no podrá hablarse de *indicios de autoría o de indicios de presunta autoría*, ni de *indicios de participación o de presunta participación*, por fuera ni al margen de los conceptos de autoría y participación, o más claramente, ni por fuera ni al margen de los extremos y contenidos de conducta que dicen relación con las categorías jurídico-materiales de autoría y participación”.

“La autoría y participación, antes que erigirse en unos conceptos jurídico-formales, y antes que constituirse en categorías normativas penales jurídico-sustanciales; lo que esencial y superlativamente constituyen es formas de acción, esto es, en expresiones de conducta humana vista y comprendida en sus proyecciones subjetivo-objetivas; de lo que se implica jurídico sustancialmente, que la autoría y la participación, al igual que los indicios de autoría responsable y los indicios de participación responsable en sus correlativas atribuciones o imputaciones, no pueden llegar a reducirse a la simple imaginativa del funcionario judicial, ni al libre arbitrio, ni a los subjetivismos del mismo, como ocurre por ejemplo cuando solitariamente y sin soportes objetivos de exteriorización de conducta y de cara a una definición de situación jurídica, se imputan residualmente los mal llamados indicios de mentira e indicios de mala justificación”.

“La autoría y la participación, como los indicios de autoría responsable y los indicios de participación responsable, tienen que ser una realidad subjetivo-objetiva; y al interior del proceso de conocimiento del debido proceso penal en singular de que se trate, dichas realidades se resuelven es en realidades de acción, y las realidades de conducta en el proceso penal, solo pueden darse es en realidades probatorias, esto es, en realidades probatorias sí, pero que proyecten realidades de conducta”.

GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *Lógica del indicio en materia criminal*, T.II, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 3ª Edición, Bogotá, 202, pp. 224 a 229.

dejarse al libre arbitrio, libre subjetivismo<sup>123</sup>, ni a la libertaria construcción ideológica del fiscal o juez de competencia, como ocurre, por ejemplo, cuando solitariamente y sin soportes objetivos de acción, se atribuyen de manera residual indicios de responsabilidad penal o imputaciones de autoría o participación criminal respecto de una forma delictiva en especial, o cuando se efectúan esas atribuciones por fuera de los contenidos formales y estructurales de la categoría normativa especial de que se trate.

Adviértase, y téngase en cuenta que los juicios y conceptos que se emiten respecto de la conducta punible son ejercicios que obedecen a los rigores de los contenidos materiales de la acción, y a los rigores de los contenidos estructurales de la categoría o categorías normativas que se pretendan imputar o atribuir.

En efecto, respecto de las conceptualizaciones a realizar por parte de la Fiscalía, el sistema acusatorio permite llegar a preacuerdos (desde la audiencia de formulación de imputación, y posteriores a la presentación de la acusación) sobre los términos de la imputación, y sobre los hechos imputados y sus consecuencias; preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado que se traducen en atribuciones de carácter sustancial, los cuales se tornan obligatorios para el juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

La fase conceptual en el proceso penal por principio es dinámica, cambiante y posee relativas estabilidades cognoscitivas. En efecto, en la medida que ingresan al proceso nuevos fenómenos con expresiones de conducta acabados o inacabados, reflejantes en forma parcial o total

---

<sup>123</sup> Cfr. GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *De la casación y la revisión penal, en el Estado constitucional social y democrático de derecho*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2003, pp. 278 y 280.

(*totalidad vista en sus-relativos*) de la conducta objeto de investigación y juzgamiento, se traduce que los juicios, conceptos, hipótesis vinculantes o excluyentes de responsabilidad penal, pueden llegar al efecto del fortalecimiento o debilitación, de la cohesión o dispersión, o del cambio de sentido de visión, esto es, podrán a surtir el efecto de la verificación o la infirmación en sus absolutos o relativos.

Esta fase, es dinámica, cambiante, y susceptible de afectación por la concurrencia de factores positivos y negativos. Entre los factores negativos merecen destacarse los siguientes:

El *primer factor negativo* dice relación con la *pre-conceptualización* que traduce ejercicios conceptuales por parte del funcionario judicial, a los que arriba de manera anticipada con criterios preconcebidos o elaborados con elementos de juicio y de valoración dados por fuera de los debidos y legales textos o por fuera de contextos probatorios.

En los conceptos pre-elaborados o pre-determinados se incluyen el *conocimiento privado*<sup>124</sup> del juez sobre la conducta objeto de conocimiento, lo cual contraría el principio de necesidad de la prueba. De igual, contraría el principio de contradicción pública de la prueba en el juicio oral.

---

<sup>124</sup> "La base de la convicción del juez, es "el contenido total de los debates y el resultado de la eventual recepción de la prueba. Las normas procedimentales pertinentes se valen de esta formulación o de otras similares para describir de dónde ha de sacar el juez su convicción. Se sabe, sin embargo, que la fórmula "suma del debate" tiene un doble sentido: 1.- Cfr. GERARD WALTER, *Libre apreciación de la prueba*, Temis, Bogotá, 1985, pp. 290 y 292; Cfr. EUGENIO FLORIÁN, *De las pruebas penales*, Tomo I, Temis, Bogotá, 1976. pp. 401, 402 y 403.

En igual sentido, en la pre-conceptualización tienen incidencia disposiciones afectivas<sup>125</sup> como el interés, el temor, el odio, el amor, la venganza, simpatía, antipatía, vínculos de familia, afectos religiosos, de partido o grupo político, y en general los condicionamientos político-institucionales, económicos e ideológicos que afectan la objetividad de la conceptualización, y conducen a la adopción de decisiones alejadas de la realidad, por demás injustas.

El *segundo factor negativo*, dice relación con el *fraude procesal o probatorio* que se presenta con la aportación de fenómenos falseados en forma total o parcial, allegados por alguna de las partes. Los eventos son variados y pueden consistir en falsos testimonios, presencia de personas que no fueron testigos de los hechos, aportación de documentos falsos, dictámenes periciales viciados, y en general, por la presencia falso-probatoria proyectada por actividades habilidosas o artificiosas nada éticas ni ajustadas a derecho y que inciden en la conceptualización judicial.

El *tercer factor negativo*, dice relación con los errores en los que pueden incurrir los jueces, los cuales recaen sobre medios de prueba, consistentes en errores de hecho derivados de falsos juicios de existencia<sup>126</sup>, derivados

---

<sup>125</sup> “Pero la imagen del juez encerrado en una urna de cristal, aislado del mundo exterior, para preservarlo de toda contaminación o ideología partidista, hace ya tiempo que ha desaparecido. Como también se superó, casi desde el principio, la tesis de Montesquieu de que los jueces no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley” (...) “Los jueces, como cualquier mortal, son sujetos de carne y hueso, con osus asiones y sentimientos, sus defectos y virtudes, también con sus creencias e ideologías, a veces, contrarias a las de las leyes que tienen que aplicar al resto de los ciudadanos. Y, por eso, al igual que ellos, cada vez que pueden, y pueden mucho, procuran arrimar el ascua a su sardina, es decir, procuran adaptar la ley a sus personales creencias o modo de ver las cosas” FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 28.

<sup>126</sup> Cfr. GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *De la casación en el sistema acusatorio*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2011. p. 221.

de falsos juicios de identidad<sup>127</sup>, derivados de falsos raciocinios<sup>128</sup>; errores que como violaciones medio, conducen a violaciones fin de la ley sustancial en sus sentidos de falta de aplicación o de indebida aplicación<sup>129</sup> de la ley sustancial. Se trata de sentidos últimos de violación de la ley sustancial que constituyen errores de juicios y conceptos.

De otra parte, anotamos que en los juicios y conceptos que adjetivan la conducta objeto de interés penal, también, inciden variedad de contenidos de subjetividad, los cuales se expresan en los balanceos de la certidumbre, incertidumbre, duda o certeza.

Al respecto, MUÑOZ SABATÉ, advierte que:

*“La convicción, escribe Mittermaier, procede de la individualidad del juez, o, como dice FRANK, los jueces no son seres fungibles. Se trata en realidad de un fenómeno psicológico (recordemos como GUASP defiende la teoría de la convicción psicológica opuesta al clásico concepto del juicio lógico), y si se nos apura diremos que también comprende un fenómeno sociológico, por cuanto el juzgador como ser humano, pertenece a un grupo social cuyos valores condicionan e informan muchas de sus actitudes y creencias”<sup>130</sup>.*

La fase conceptual en la investigación y juzgamiento es compleja, obedece a límites, es cambiante, susceptible de afectaciones que inciden en la construcción de juicios y conceptos no verídicos o erróneos. En el proceso

---

<sup>127</sup> Cfr. GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *De la casación en el sistema acusatorio*, ob. cit. p. 223.

<sup>128</sup> Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de mayo 3 de 2001, M.P. Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

<sup>129</sup> Cfr. GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *De la casación en el sistema acusatorio*, ob. cit. pp. 187 a 193.

<sup>130</sup> LUIS MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, Barcelona, Praxis, 1983, p. 66.

penal se efectúa de manera provisional en la definición de la situación jurídica, en la providencia que resuelve la petición de revocatoria de la medida de aseguramiento, en la decisión de preclusión, en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de la acusación, y la fase conceptual de manera definitiva se plasma en la sentencia.

La fase conceptual en el debido proceso penal, como se ha visto, obedece a dinámicas objetivas, subjetivas, referentes normativos, descriptivos, de acción y conducta humana.

El producto y resultado de los juicios y conceptos se materializa en “conceptos penales”, los cuales dicen relación con todas y cada una de las categorías que en su conjunto constituyen el objeto de estudio del área de saber del derecho penal.

La fase conceptual en el proceso penal obedece a rigores que le dan soporte y proyectan las conceptualizaciones en sus sentidos positivos y verídicos. Empero, también, se puede afectar por la subjetividad unilateral del juzgador o por las predisposiciones individuales, o la fantasía<sup>131</sup>.

#### **4.- De la fase de verificación.-**

---

<sup>131</sup> “Claro es que la visión fenoménica de los hechos presenta, a efectos probatorios, no ya el peligro de las predisposiciones individuales, que igual se da en cualquiera otra metodología, sino también el riesgo apuntado por Gorphe de desembocar en la fantasía cuando dicha intuición no se encuentra constantemente dirigida y fiscalizada. Pero este es un riesgo inevitable que sólo puede combatirse a base de una sólida formación jurídica y cultural”. LUIS MUÑOZ SABATÉ, Técnica probatoria, ob. cit., pp. 203 y 204.

La fase de verificación<sup>132</sup> es quizás la más importante del proceso de conocimiento, toda vez que el objetivo de todo proceso cognoscitivo, está dado en comprobar, verificar la validez o invalidez del contenido de los conceptos, y dicha comprobación cualquiera fuere el área de saber de que se trate se cumple tras la vía de formulación de “hipótesis”<sup>133</sup>, que constituyen el camino indispensable a recorrer y desarrollar para el descubrimiento de la verdad.

#### **a.- De la hipótesis.-**

El materialismo dialéctico *“al interpretar la esencia y la función gnoseológica de la hipótesis, parte de los siguientes factores: 1) El conocimiento comprendido como reflejo en la conciencia humana de los fenómenos de la naturaleza y la sociedad y de las leyes de su movimiento; 2) La unidad de lo empírico y lo teórico en la dinámica del saber; 3) La*

---

<sup>132</sup> “Luego de habernos formado determinadas opiniones sobre las cosas y los fenómenos, el conocimiento tiene que pasar por otra etapa de responsabilidad: la de verificación en la práctica de los conocimientos adquiridos merced a los órganos sensoriales y al raciocinio”.

Y agrega: “La práctica, la actividad práctica es el medio más seguro y único para verificar la verdad o la falsedad de tal o cual teoría (...). Con todo, al componernos una imagen del objeto aún no tenemos la garantía de que sea enteramente correcta. Hay que verificarla en la práctica y solamente entonces, cuando esta haya confirmado nuestra representación de una cosa, podemos estar seguros de haber conocido la verdad (...). Es frecuente especialmente en las ciencias naturales que una u otra teoría aparezca al principio en forma de hipótesis” (...) “las hipótesis son luego sometidas a detallada verificación. Algunas no resisten a la prueba práctica; otras sí y se transforman de suposiciones en teoría comprobada” ROSENAL Y STRAKS, *Categorías del materialismo dialéctico*, ob, cit, pp. 65 y 66.

<sup>133</sup> “La función de una hipótesis es *orientar* nuestra búsqueda de orden en los hechos. Las sugerencias formuladas en la hipótesis *pueden* ser soluciones del problema. Determinar si en realidad lo son es la tarea de la investigación. No es imprescindible que una en particular nos conduzca hasta nuestro objetivo, y frecuentemente algunas de ellas son incompatibles entre si, de modo que no pueden ser todas soluciones del mismo problema” MORIS COHEN Y ERNEST NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico*, Amorrortu, Buenos Aires, 1983, p. 18.



*verdad como el proceso de aprehensión del objeto por el intelecto; y 4) La práctica como fundamento, finalidad y criterio de la veracidad del conocimiento*<sup>134</sup>.

Conforme al postulado en cita, se comprende que los factores referidos ponen de relieve la importancia de la hipótesis como instrumento cognoscitivo en orden a resaltar el proceso complejo que constituye la trayectoria del pensamiento, el cual, por principio se cumple mediante la enunciación, formulación y comprobación de hipótesis<sup>135</sup>.

Es verdad universal que el avance y desarrollo del conocimiento de las distintas áreas de saber de las ciencias naturales y sociales se ha fortalecido y desarrollado mediante la construcción, formulación, fundamentación y verificación de hipótesis (tanto las que han sido objeto de verificación como de las que han sido refutadas), las que sin duda se han erigido en el motor del conocimiento científico.

---

<sup>134</sup> P.V. KOPNIN, *Lógica Dialéctica*, ob. cit. p. 429.

<sup>135</sup> "Se puede generalizar la tesis de ENGELS de que la hipótesis es la forma de desarrollo de las ciencias naturales, ya que mediante las hipótesis avanza el pensamiento en todas las ciencias sin excepción alguna (tanto en las naturales, como en las sociales"

"Toda la esfera del conocimiento puede dividirse en tres grandes grupos: 1) Ciencias de la naturaleza inorgánica (matemáticas, astronomía, mecánica, física, química, etc.); 2) Ciencias de la naturaleza viva (las diversas disciplinas biológicas y médicas); 3) Ciencias de los fenómenos de la vida social, que investigan las condiciones de la vida humana, las relaciones sociales, las formas jurídicas, estatales (historia, economía política, filosofía, lingüística, etc.). En tal nivel moderno de la ciencia esta división resulta muy convencional; no puede servir de base para la clasificación de las ciencias. Sin embargo, la podemos admitir para nuestros fines, es decir, para demostrar que el desarrollo de los conocimientos por medio de la hipótesis tiene carácter universal. Vemos que en todas las ciencias de la naturaleza inorgánica, de la orgánica y de la sociedad, el conocimiento se desarrolla mediante la construcción, argumentación y demostración de las hipótesis" P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob, cit, pp. 430 y 431

La hipótesis es uno de los instrumentos más valiosos<sup>136</sup>, insustituible y por excelencia que ha acompañado al hombre a través de los tiempos en su infatigable búsqueda de la verdad. Ha sido a través de la multiplicidad de hipótesis formuladas desde indistintos marcos teóricos como el hombre ha logrado acumular el caudal de verdades concreto-relativas cambiantes<sup>137</sup> que hoy conforman el patrimonio científico de la humanidad.

Las ciencias de la naturaleza como la física, química, astronomía, biología, medicina, etc., ciencias como la sociología, antropología, economía, política, criminología e incluso los saberes técnico-jurídicos se han valido de hipótesis<sup>138</sup> para avanzar en la construcción de sus verdades.

La hipótesis constituye una suma o sistema de conocimientos anteriores y organizados, cuya finalidad específica es la de procurar el conocimiento científico<sup>139</sup> del fenómeno objeto de conocimiento de que se trate.

---

<sup>136</sup> "La tesis de que la hipótesis es la forma de desarrollo del pensamiento, constituye el punto de partida de la definición marxista. Pero la hipótesis, primero, no es la única forma de desarrollo del conocimiento científico, y, segundo, para que la definición sea completa, debe explicarse cómo, de qué modo cumple la diferencia específica en la definición de la hipótesis. Gracias a ella, se diferencia la hipótesis de otras formas y métodos de desarrollo del conocimiento científico". P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit. p. 442.

<sup>137</sup> Cfr. F. V. KONSTANTINOV, *La verdad objetiva. Dialéctica de la verdad absoluta y la verdad relativa*, ob. cit. pp. 295 a 303.

<sup>138</sup> La gran característica universal de la hipótesis, "radica en que sistematiza el conocimiento científico, en que forma un cierto sistema de abstracciones. La característica de la hipótesis como forma de reflejo de la realidad consiste en que posee a diferencia de los juicios, los conceptos y los raciocinios, carácter complejo, sintético. La hipótesis es un determinado sistema de juicios, conceptos y razonamientos. Ningún juicio o concepto o raciocinio tomado aisladamente constituye una hipótesis, sino tan solo una parte de ella, grande o pequeña". P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit. p. 443.

<sup>139</sup> "En cada hipótesis es preciso diferenciar dos aspectos: 1.- que refleja en el mundo objetivo y con que exactitud; 2.- que perspectivas ofrece para el progreso ulterior del conocimiento científico. Como vemos, lo segundo depende de lo

En la hipótesis se integra un conjunto de juicios que se proyectan como juicios de suposición, y en cuyo seno ocupa lugar central algún *thema* o *juicio problemático* por resolver.

En la hipótesis ocupa lugar de privilegio la suposición, hacia la cual concurren todos los juicios, al punto que la suposición constituye "*el alma de la hipótesis*".

Si bien es cierto que en la hipótesis es de trascendencia la suposición que se integra, corresponde precisar que "*reducir la hipótesis a una suposición basada en la inducción, la analogía o en cualquier otra forma de raciocinio, es erróneo*", toda vez que "*el contenido lógico y la función gnoseológica de la hipótesis no se limitan a formular suposiciones*", toda vez que "*no toda suposición es una hipótesis, además, esta última, no solo incluye suposiciones*"<sup>140</sup>.

Lo anterior, significa que no se trata de cualquier suposición, la cual no podrá ser arbitraria, caprichosa, libertariamente subjetivista, ni rayana del absurdo. Por el contrario, habrá de tratarse de una suposición en la cual se integren facticidades dadas como conocimientos anteriores<sup>141</sup>, esto es,

---

primero. El grado de veracidad objetiva de la hipótesis determina su eficacia y su capacidad de trabajo. Cuanto mayor sea el contenido objetivo de la hipótesis, tanto más fértil será y, por el contrario, las hipótesis que no contengan un conocimiento suficientemente objetivo y verídico sobre el objeto, no abrirán amplios horizontes para el desarrollo de la ciencia y sobre su base no se descubrirán nuevas leyes, nuevos hechos, etc." P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit. p. 480.

<sup>140</sup> P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit., p. 443.

<sup>141</sup> "Al orientar una investigación, una hipótesis debe necesariamente considerar algunos hechos como *significativos*, y otros no" (...) "Que significa decir que algunas hipótesis expresan conexiones "relevantes" entre hechos y otros no?" (...) "Una hipótesis es relevante para un problema si expresa determinados modos de conexión entre un conjunto de hechos que incluye el hecho investigado; en caso contrario es irrelevante. No es posible formular reglas para hallar tales hipótesis relevantes. A menudo se cree que una hipótesis presenta tal relevancia pero la investigación ulterior demuestra que no es así. O bien se cree que ciertos hechos

conocimientos anteriores fidedignos, toda vez que sólo el conocimiento fidedigno constituye el fundamento de la hipótesis. En efecto, en la construcción de la hipótesis de lo que se trata de integrar y reunir es el conocimiento anterior con un nuevo objeto de conocimiento que se busca<sup>142</sup>.

Dentro de la importancia que tiene la construcción de hipótesis en cualquier proceso de conocimiento que se realice en áreas del mundo natural o social, entre las que se incluyen los objetos de conocimiento de la investigación judicial<sup>143</sup>, ha menester señalar y diferenciar que

---

son ajenos a un problema y la investigación revela lo contrario. *En ausencia de conocimiento sobre un tema, no podemos formular juicios de relevancia bien fundados.* Se desprende de lo anterior que las sugerencias valiosas para resolver un problema solo pueden provenir de quienes están familiarizados con los tipos de conexiones capaces de presentarse en el tema investigado. Así, a una persona que no conociera la relación entre las lluvias y el aumento del caudal de los ríos, no se le ocurriera atribuir a aquellas la inundación periódica del Nilo. Las hipótesis que se le ocurren a un investigador son función, al menos en parte, de su conocimiento anterior” MORRIS COHEN Y ERNEST NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico*, ob. cit. p. 19.

<sup>142</sup> “Como se observa pues, “la hipótesis, por su esencia, comprende juicios problemáticos, es decir, juicios cuya veracidad o falsedad no ha sido demostrada aún; mas estos juicios problemáticos no han de ser conjeturas arbitrarias, su probabilidad debe estar argumentada por conocimientos anteriores ya demostrados. Si la ciencia hace la suposición de que la vida es posible en Marte, parte, al hacerla de hechos y fenómenos conocidos con certeza (la existencia en Marte de atmósfera, de agua, etc.), que la hacen totalmente lógica. *Una hipótesis formada por suposiciones arbitrarias no deja ninguna huella importante en la ciencia*” (...) “Otra cosa distinta es la hipótesis científica verdadera que incluye una suposición que puede ser refutada, pero que posee además, *una serie de conocimientos verídicos* que en el curso del desarrollo científico no sólo pasan de una hipótesis a otra, sino que se van haciendo mas completos. Incluso el juicio-suposición en la hipótesis científica, *no es una simple ficción*, sino que debe estar argumentado con suficiente grado de probabilidad” P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob, cit, p. 445.

<sup>143</sup> “A diferencia de otros tipos de investigación, la comprobación jurisdiccional, sin embargo, es obligatoria y debe concluir en algún momento: así pues, si el dilema no es resoluble, prevalece la hipótesis más favorable al acusado gracias a una regla jurídica sobre las condiciones de aceptabilidad de la verdad procesal; además, cada una de las hipótesis fácticas formuladas en el proceso puede ser desmentida por una prueba ulterior incompatible con aquellas sólo hasta que, conforme a otra regla

tratándose de áreas de conocimientos *histórico-ideográficos*<sup>144</sup> o *reconstructivos*<sup>145</sup>, estos procesos tienen “*sus propias peculiaridades que se deducen del carácter específico de su objeto*”, lo cual comporta que en las ciencias históricas, “*la construcción, argumentación y demostración de la hipótesis, lo mismo que su propio carácter, posee rasgos distintivos y se diferencian de este mismo proceso en las ciencias naturales*”<sup>146</sup>; característica y diferencia que se hace aplicable a la construcción de hipótesis que se realiza respecto del objeto del estudio *histórico-ideográfico y reconstructivo*<sup>147</sup> de los estados de hechos y conductas de que se ocupa el debido proceso penal.

---

jurídica, entra en juego la presunción legal de verdad de la cosa juzgada”. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 54.

<sup>144</sup> “La constatación de que la actividad judicial de conocimiento de hechos es “*ideográfica*”, muestra ya una importante diferencia entre ésta y la del científico. Los procedimientos empíricos que usa la ciencia para verificar los enunciados generales sobre los hechos son la observación, la medición y, sobre todo el experimento. Para la verificación de los enunciados fáctico singulares que constituyen las pruebas, el juez – como historiador – puede echar mano algunas veces de la observación (inspecciones oculares) y la medición, pero nunca del experimento, porque es imposible (re) producir hechos del pasado. Más exactamente, el juez puede producir (experimentar) nuevas fuentes de prueba, como interrogatorios, careos, pericias o reconocimientos; incluso puede ensayar una especie de reconstrucción de los hechos, llevando al lugar a procesados y testigos, pero lo que en ningún caso está a su alcance es la reproducción de los hechos que pretende probar” MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, 1999, p. 117.

<sup>145</sup> “El hecho material del proceso judicial y, en especial del proceso penal, es histórico. Hace parte del pasado y la misión del funcionario judicial es reconstruirlo recogiendo datos objetivos para integrarlos dialécticamente y decidir el asunto sometido a su consideración” JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA, ob, cit, p.275

<sup>146</sup> P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit., p. 439.

<sup>147</sup> “El juicio del magistrado se apoya como el historiador en el conocimiento de datos concretos, pero el campo dentro del cual puede moverse para la investigación de la certeza de estos datos está delimitado por barreras terminantes que el historiador ignora. Así, mientras el historiador escoge por sí mismo el objeto de sus investigaciones, el juez debe resolver *secundum allegata*. Tampoco puede el juez, al menos en lo civil y al revés del historiador, elegir las pruebas que mas le convengan. Y nada digamos ya de las reglas de valoración, configuradotas de la

Conforme a lo anterior, resaltamos para la teoría y práctica del conocimiento aplicable al proceso penal, la necesidad metodológica<sup>148</sup> de

---

llamada prueba tasada, y que como es natural no se dan en el campo de la investigación histórica”

“Por otro lado la cuantificación, de sus respectivas perspectivas macro-historia y micro-historia, nos proporciona igualmente ciertas peculiaridades diferenciadoras. El derecho probatorio requiere casi siempre reproducir un pequeño trozo de historia, situado en unas coordenadas, tiempo-espacio, que hay que perfilar y determinar con mucha exactitud, de modo que los instrumentos de que se vale deben ser de mayor precisión que los que emplean los historiadores. Basta por ejemplo pensar en la máxima *prior tempore, potior iure*, que fundamenta el presupuesto registral de la prioridad, para darnos cuenta de que a veces la precisión en la determinación del dato es cosa de horas o de minutos. <La química y la biología –escriben LANGLOIS Y SEIGNOBOS, pero de igual se podría aplicar al derecho- tienen necesidad de percibir hechos delicados, movimientos rápidos, estados pasajeros, y de calcularlos en cifras precisas. La historia puede trabajar sobre hechos mucho menos delicados, muy duraderos o muy extensos>”

“Las diferencias que acabamos de ver se acentúan todavía mas cuando se trata de comparar la investigación judicial de la verdad con la investigación que practican otras ciencias de la naturaleza, como por ejemplo la física. A este respecto se ha señalado:

“1.- Que en la física el número de hechos relevantes para inferir la prueba es generalmente ilimitado, en tanto que en la prueba judicial ese número es limitado e incapaz de ser incrementado o desarrollado. Hemos apuntado ya esta particularidad al tratar de la facticidad heurística de la norma. Además, como advierte LEVY-BRUHL, los procedimientos puestos a disposición del juez, a pesar del progreso en nuestros días, no serán jamás tan perfeccionados como los que utiliza el historiador en su gabinete, ni el biólogo en su laboratorio; 2.- Que el proceso científico puede ser prolongado todo el tiempo que sea necesario hasta obtener una plena convicción. No así el judicial, en el cual es necesario llegar a un resultado definitivo en un tiempo limitado y además, cuando ese resultado es alcanzado, se convierte en final e irreversible; 3.- Que en la investigación física los hechos relevantes son aportados por testimonios no afectados por las pasiones. Generalmente no sucede igual en la prueba llevada a cabo en el proceso” LUIS MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ob, cit, pp. 55, 56 y 57

<sup>148</sup> “El objeto de la ciencia histórica necesita en medida no menor, sino mayor que el objeto de algunas ciencias naturales, la hipótesis para su profundo conocimiento. Por regla general, la historia trata con fenómenos que el propio historiador no puede observar de un modo directo, reproducir artificialmente en su práctica ni hacer experimentos con ellos. Debe reproducir el pasado de la vida social de los diversos pueblos en las diferentes épocas históricas, así como las leyes de su desarrollo, a un sistema de abstracciones de carácter relativo. Así, pues, debido a la propia naturaleza de la ciencia histórica, la reproducción del proceso histórico en el pensamiento exige la formulación de hipótesis, aunque el propio historiador no

construcción de hipótesis<sup>149</sup> en cuyos textos y contextos adquieren importancia no solo las hipótesis verificadas, sino las que hubieran sido objeto de refutación.

Asimismo, en lo que respecta a la formulación de hipótesis<sup>150</sup>, debe resaltarse que en ese proceso tienen incidencia la unidad de acción de los procesos de análisis y síntesis.

---

*siempre se da cuenta que su construcción teórica es hipotética*" P. V. KOPNIN, ob. cit., p. 439.

<sup>149</sup> "La hipótesis, es una de las formas en que se manifiesta el progreso del conocimiento científico hacia la verdad objetiva" (...) "En nuestros días, las ciencias naturales se hallan rodeadas por verdaderos bosques de hipótesis" (...) "Pero en verdad, las hipótesis hacen que la investigación del objeto sea una investigación ordenada a un fin y conducen al descubrimiento de las leyes de la naturaleza y la sociedad. LOMONOSOV, comparaba la hipótesis con el impulso que hace posible "alcanzar conocimientos a los que no pueden llegar las mentes ruines que se arrastran en el polvo". Al ponerse a observar, hay que saber a dónde se mira y que es lo que se busca. La hipótesis nos señala la dirección a seguir. Ciertamente es que muchas hipótesis no se vieron comprobadas por los hechos, pero esto no puede esgrimirse como argumento contra la necesidad de que sean utilizadas en el conocimiento. Las hipótesis ya fenecidas contribuyeron inmensamente al desarrollo de la ciencia al despejar el camino de la verdad".

"La hipótesis puede servirnos de ejemplo para comprender claramente cual es el nexo que une a los factores sensible y racional en el proceso cognoscitivo: partimos de los hechos, de las observaciones y nos elevamos hasta el pensamiento abstracto, es decir, generalizamos, formulamos hipótesis; después para comprobarlas, volvemos de nuevo a los hechos, a las observaciones y experimentos" F.V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de filosofía marxista*, ob. cit., p. 323.

<sup>150</sup> "Correspondiendo al movimiento de la naturaleza y de la vida social y reflejándola de cierta manera, la investigación científica puede caracterizarse como un proceso en el cual se parte de ciertos supuestos que son las hipótesis — formadas como resultado de experiencias anteriores— para obtener consecuencias por medio de la experimentación y del desarrollo teórico (...). Cuando se descubre experimentalmente un nuevo hecho, o cuando se llega racionalmente a una conclusión nueva que presente divergencias insalvables con respecto a la explicación establecida anteriormente, entonces es necesario formular una nueva hipótesis que comprenda las nuevas condiciones conocidas y que explique unitariamente a estas y a las anteriores".

Y agrega: "De esta manera, los postulados se encuentran en un proceso constante de transformación, por el cual se convierten cada vez más y mejoren fundamentos

*El análisis “o descomposición mental de un objeto en sus partes integrantes para descubrir los elementos más simples de un todo complejo, es indispensable en toda indagación científica. Gracias al análisis podemos distinguir y comprender los aspectos esenciales del objeto de que se trate”<sup>151</sup>; el análisis constituye la visión por separado, desmenuzada, de la realidad material objeto de investigación; y la síntesis, “proporciona un conocimiento del objeto en cuanto es un todo único”<sup>152</sup>.*

La hipótesis vista en su dinámica dialéctica de verificación-infirmación, sirve al investigador para relacionar la existencia de vínculos con el mundo objeto de investigación de que se trate. Sirve para comprender cuáles son los nexos externos e internos que unen a los factores sensible y racional en el proceso de conocimiento: en el que se parte de la observación de los mismos por la senso-percepción, luego el investigador se eleva hasta el pensamiento abstracto de la generalización para formular hipótesis, después, pasa verificar o infirmar las mismas, el investigador vuelve nuevamente a los hechos, a lo observado, y luego se-pronuncia sobre los fenómenos.

#### **b.- De la hipótesis y la suposición.-**

En acápite anteriores se anotaba como esencia referida a la hipótesis, que en la misma ocupa lugar de trascendencia la suposición que se formula. En igual sentido se advertía que *“reducir la hipótesis a una suposición basada en la inducción, la analogía o en cualquier otra forma*

---

del conocimiento. En consecuencia, los postulados tienen el rango de fundamentos comprobados para los conocimientos ya adquiridos y simultáneamente, mantienen su carácter de hipótesis elementales con respecto a las nuevas investigaciones que se inicien” ELÍ DE GORTARI, *Introducción a la lógica dialéctica*, México, Grijalbo, 1979, pp. 32, 33, 37.

<sup>151</sup> F. V. KONSTANTINOV, ob. cit., p. 323.

<sup>152</sup> *Ibídem.*



*de raciocinio, es erróneo”, toda vez que “el contenido lógico y la función gnoseológica de la hipótesis no se limitan a formular suposiciones”, pues, “no toda suposición es una hipótesis, además, esta última, no solo incluye suposiciones”<sup>153</sup>.*

Conforme a lo anterior, se evidencia que no se trata de cualquier suposición con la que se puede construir hipótesis, la cual no podrá ser arbitraria, caprichosa, libertariamente subjetivista, ni rayana del absurdo, y que por el contrario, deberá ser una en la cual se integren facticidades dadas como conocimientos anteriores fidedignos, toda vez que sólo estos constituyen el fundamento de la hipótesis. En efecto, en la construcción de la hipótesis de lo que se trata de integrar es el conocimiento anterior con un nuevo objeto de conocimiento que se busca.

Sin detenernos en desarrollos explicativos acerca de las diferentes clases de suposiciones que se instrumentalizan en el proceso de conocimiento, entre las que se encuentran: 1) La suposición o presunción destinada a demostrar la veracidad del juicio que contradice esta suposición; 2) Las suposiciones metódicas que estudian un proceso cualquiera en su forma pura; y 3) La suposición acerca de un proceso o fenómeno cuando no se plantea su obtención en la práctica<sup>154</sup>; ha menester identificar tanto la naturaleza, como los contenidos y la función que cumple la suposición en la hipótesis a saber:

Al respecto, cabe subrayar que la suposición en la hipótesis posee contenido objetivo, extraído de la materialidad existente, y no contenido ideal, imaginativo o de simple creencia.

---

<sup>153</sup> P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit., p. 443.

<sup>154</sup> P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit., p. 448.

La suposición en la hipótesis no se construye dando juego libre a la fantasía o imaginación. Si bien es cierto, el sujeto cognoscente utiliza la creatividad e imaginación, de igual, habrá de comprenderse que al crear por así decir la suposición, no le es permitido entrar al túnel de la irrealidad, ni desprenderse de la realidad objetiva<sup>155</sup>.

Por el contrario, la suposición hace parte de todo un proceso de conocimiento, y nace precisamente de las objetividades senso-percibidas, de lo objetivo sujeto a generalización y abstracción, de las materialidades sujetas al análisis y síntesis. *La suposición se erige, en por y para la realidad, y no en, por y para la fantasía.*

Así mismo, la suposición en la hipótesis ha de ser vista y tratada no en forma rígida, estática o inamovible. Por el contrario, ésta en el proceso del conocimiento se fortalece, avanza, debilita o pulveriza de acuerdo con los nuevos hechos probatorios que en el curso de la actuación ingresan a la investigación.

En igual perspectiva, la dinámica de la suposición obliga a tener en cuenta que el contenido de la misma no se puede enfocar hacia un solo punto de mira, y que sin dispersarse, puede poseer variables supositivas, esto es, variables problemáticas<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> En lo que corresponde, a la función que cumple la suposición en la hipótesis, dígame, que, "a) sirve de medio para conocer el objeto, sus nexos y leyes esenciales; b) el conocimiento contenido en ella tiene carácter problemático; c) en el curso de la argumentación y el desarrollo de la hipótesis, el conocimiento ha de ser ya demostrado en una u otra forma, ya rechazado y sustituido por otro; d) sobre ella se edifica un sistema de conocimiento que permite poner de manifiesto nuevos hechos, nuevas leyes, y sirve de medio para el progreso del saber. Todas estas características, tomadas en conjunto, constituyen las peculiaridades de la suposición en la hipótesis" P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit., p. 452.

<sup>156</sup> "Si hay una única hipótesis probatoria y hay medios de prueba en apoyo a la misma, la cuestión reside en el grado de apoyo que dichas pruebas otorgan a la hipótesis en cuestión". En un proceso judicial, la situación normal es aquella en la que hay al menos dos hipótesis o relatos sobre los hechos". VICTORIA ITURRALDE

### c.- De la hipótesis y la conjetura.-

La conjetura<sup>157</sup> “es una suposición inicial, todavía no investigada en la suficiente medida, cuyos fundamentos lógicos y empíricos no se conocen”<sup>158</sup>. “En toda la historia de ciencia el periodo de las conjeturas precedió a las hipótesis científicamente argumentadas; y ahora en la trayectoria del conocimiento de un objeto, también surge primero la conjetura que, más tarde, se convierte en hipótesis”<sup>159</sup>.

La acción de conjeturar<sup>160</sup> significa formular una suposición con base en hechos todavía no conocidos, no investigados, no allegados al proceso

---

SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 339 y 340.

<sup>157</sup> “Hemos convenido en que un enunciado fáctico general susceptible de ser verificado puede llamarse “hipótesis”, *lo que suena mas respetable que corazonada, sospecha, conjetura, suposición o presunción*, y es también más adecuado que estos términos, ya que la etimología de “hipótesis” es punto de partida, que ciertamente lo es una vez que se ha dado con ella” MARIO BUNGE, *La ciencia, su método y su filosofía*, Panamericana, Bogotá, 1999, p. 59.

<sup>158</sup> P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit., p. 456.

<sup>159</sup> *Ibidem*, pág. 457

<sup>160</sup> “LA CONJETURA, es, pues, el juicio emitido por la mente, a consecuencia de un proceso de investigación acerca de la existencia de un hecho de la verdad de una proposición; juicio que puede engendrar en el ánimo, según las circunstancias, tanto una simple sospecha cuanto una pretensión, cuanto finalmente, la certeza. Pero de ordinario, la conjetura consiste en una conclusión que se deduce de datos inciertos, porque pueden derivar de causas diversas” (...)

“Se puede añadir que en la escala del proceso probatorio, por bajo de la duda hay la *sospecha*; mientras frente a un hecho dudoso la mente del juzgador se encuentra en un estado de indecisión, de falta de certeza; frente a la simple sospecha, su mente desconfía “*in suspicione mens cavet, in dubio anceps est iudicium*” (en la sospecha la mente toma precaución; en la duda el juicio es vacilante). La sospecha es, pues, el ínfimo grado del proceso ideológico de la demostración; por debajo de ella está lo desconocido. Así pues, mientras la prueba evidente nos proporciona la demostración clara, manifiesta del hecho a probar; la “sospecha” representa la máxima oscuridad acerca de la evidencia” GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1973, p. 22.

investigativo. En tal comprensión, la suposición conjetural permite que el pensamiento divague con elementos imaginativos, de presunción, sospecha<sup>161</sup> o corazonadas que cumplen un poco la función de caza de brujas.

La conjetura<sup>162</sup> como suposición imaginativa, desposeída de soportes fácticos, funciona con la categoría de la posibilidad genérica. Mediante la misma se realizan elucubraciones o divagaciones acerca de lo que posiblemente es, posiblemente puede o pudo ser, respecto de las dinámicas de acción, de posibles y genéricas autorías o participaciones en un evento criminal objeto de conocimiento.

En su contrario y diferencia mientras en la suposición hipotética, la posibilidad o probabilidad planteada posee referentes fácticos, la conjetura los únicos puntos de apoyo que tiene -si es que así se los puede llamar- son divagaciones o disquisiciones que se plantean orientadas a encontrar algún elemento de juicio en común de base, sobre el cual poder iniciar el seguimiento del rastro a lo investigado.

La identificación de las características de la conjetura posee importancia aplicativa en tratándose de la investigación criminal. En efecto, aquellas son útiles para la construcción de *programas metodológicos, versiones de*

---

<sup>161</sup> "Sospecha es un concepto eminentemente subjetivo. Se sospecha por una razón de sentimiento íntimo. La propia etimología de la palabra; mirar de abaho arriba, o lo que es igual, mirar con recelo, le bastaría para darle ese carácter" (...) La sospecha por sí sola, carece de toda fuerza probatoria, es como nos dirá Dosi, una simple hipótesis, etimológicamente quiere decir mirar hacia arriba, en eso, simplemente consiste la sospecha, en un mirar buscando algo o pensando algo, pero íntimamente y sin ninguna base objetiva". SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba, los grandes temas del derecho probatorio*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1978, pp. 92 y 293.

<sup>162</sup> Cfr. SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba, los grandes temas del derecho probatorio*, ob. cit, p. 294.

*trabajo*<sup>163</sup> o *líneas de investigación criminal* de cara a un objeto de conocimiento penal a fin de la labor de descarte, exclusión o inclusión de la suposición conjetural o de otras del mismo tenor. Pero, en su contrario, las conjeturas o sospechas *no sirven para construir hipótesis de responsabilidad penal*.

Dada la diferencia que existe entre los contenidos de la suposición conjetural y los fáctico-objetivos de la suposición hipotética o suposición en la hipótesis; las reflexiones apuntan a denotar que en la *hipótesis de responsabilidad penal* como *verdadera hipótesis*, la cual se traduce en la categoría de *indicio de responsabilidad penal*, como toda verdadera hipótesis, no se puede confundir ni reducir a cualquier suposición, ni en la misma tienen cabida postulados caprichosos, arbitrarios, irreales, libertariamente subjetivistas, rayanos del absurdo, ni tienen cabida conjeturas.

De otra parte, las reflexiones no apuntan a dogmatizar de manera rígida que en tratándose de la investigación criminal sea errático formular suposiciones conjeturales. Por el contrario, por virtud de la ley de los cambios cuantitativos y cualitativos<sup>164</sup> que operan en todo proceso de

---

<sup>163</sup> “Segundo, se llaman hipótesis de trabajo aquellas suposiciones iniciales que en la indagación del objeto desempeñan, principalmente, un papel auxiliar: facilitan y orientan hacia un fin determinado la acumulación y reunión de datos. No aplicamos el término de “hipótesis” a estas suposiciones por cuanto entendemos por “hipótesis” no la simple suposición, sino todo un sistema de conocimientos, organizados de un cierto modo y basado en demostraciones. Las suposiciones que se califican de hipótesis de trabajo no constituyen semejante sistema científico de conocimiento. Es más oportuno el término de “versión”, si se le confiere un significado más amplio, para caracterizar su contenido y su función gnoseológica”. P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit. p. 476.

<sup>164</sup> “ La ley del tránsito de los cambios cuantitativos a los cualitativos, es la ley por virtud de la cual los pequeños y al principio imperceptibles cambios cuantitativos, acumulándose gradualmente, rebasan al llegar a cierta fase medida del objeto y provocan radicales cambios cualitativos, a consecuencia de lo cual cambian los objetos, desaparece la cualidad y surge otra nueva” F.V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de filosofía marxista*, ob. cit, p. 231.

conocimiento, es un hecho claro que en los estadios del proceso cognoscitivo de que trata un objeto de investigación criminal en singular, se torna posible y probable que en la suposición conjetural se produzca el salto dialéctico en orden a convertirse en suposición hipotética.

En los caminos a recorrer en el proceso de conocimiento, incluido el que se ocupa la investigación criminal, de lo que se trata de resaltar es la importancia del método dialéctico, sus leyes y categorías, las cuales, no obstante obedecer a criterios de validez universal, para el caso del proceso de conocimiento no es dable formular reglas de oro, pautas rígidas, ni formas especiales<sup>165</sup> que digan relación con el descubrimiento de la debida técnica del descubrimiento, ni con la invención de la técnica de la invención<sup>166</sup>.

En esa medida, la formulación de conjeturas o hipótesis es una opción a elección del investigador en la práctica y objeto de conocimiento penal de que se trate. Empero, si la única iniciativa que el proceso le permite es enunciar sospechas sin fundamentos fácticos, bien habrá de recordársele que con fundamento en ellas podrá efectuar programas metodológicos de

---

<sup>165</sup> Cfr. P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit. pp. 458.459.

<sup>166</sup> "Muchos hombres, en el curso de muchos siglos, han creído en la posibilidad de descubrir la técnica del descubrimiento, y de inventar la técnica de la invención. Fue fácil bautizar al niño no nacido, y se lo hizo con el nombre de *ars inveniendi*. Pero semejante arte jamás fue inventado. Lo que es más, podría argüirse que jamás se lo inventará, a menos que se modifique radicalmente la definición de "ciencia"; en efecto, el conocimiento científico, por oposición a la sabiduría revelada, es esencialmente falible, esto es, susceptible de ser parcial a aun totalmente refutado. La habilidad del conocimiento científico, y por consiguiente la imposibilidad de establecer reglas de oro que nos conduzcan derechamente a verdades finales, no es sino el complemento de aquella verificabilidad que habíamos encontrado en el núcleo de la ciencia" MARIO BUNGE, *La ciencia, su método y su filosofía* ob, cit., p. 59.

investigación o líneas de trabajo<sup>167</sup>, mas no imputación de indicios, ni hipótesis de responsabilidad penal.

A la verdad se puede llegar por caminos cortos, largos, rectos o enmarañados. A la verdad y a *“las hipótesis científicas se llega en suma de muchas maneras: hay muchos principios heurísticos, y el único invariante es el requisito de la verificabilidad”*<sup>168</sup>, valga decir, el de la comprobación<sup>169</sup>, y podríamos agregar otro: el requisito de claridad o diafanidad que debe tener la verdad y comprobación de la misma, la cual

---

<sup>167</sup> Cfr. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit. pp. 475 y 476.

<sup>168</sup> MARIO BUNGE, *La ciencia, su método y su filosofía*, ob. cit., p. 63.

<sup>169</sup> “En verdad que en ciencia no hay caminos reales; que la investigación se abre camino en la selva de los hechos, y que los científicos sobresalientes elaboran su propio estilo de pesquisa. Sin embargo, esto no debe hacernos desesperar de la posibilidad de descubrir pautas normalmente satisfactorias, de plantear problemas y poner a prueba hipótesis. Los científicos que van en pos de la verdad no se comportan ni como soldados que cumplen obedientemente las reglas de la ordenanza, ni como los caballeros de MARK TWAIN, que cabalgan en cualquier dirección para llegar a Tierra Santa. No hay avenidas hechas en ciencia, pero hay en cambio una brújula mediante la cual, a menudo, es posible estimar si se está sobre una huella promisoria. Esa brújula es el método científico que no produce automáticamente el saber, pero que nos evita perdernos en el caos aparente de los fenómenos, aunque solo sea porque nos indica cómo no plantear los problemas y cómo no sucumbir al embrujo de nuestros prejuicios predilectos”

“La investigación no es errática sino metódica; sólo que no hay una sola manera de sugerir hipótesis, sino muchas maneras: las hipótesis no se nos imponen por la fuerza de los hechos, sino que son inventadas para dar cuenta de los hechos. Es verdad que la invención no es ilegal, sino que sigue ciertas pautas; pero éstas son psicológicas antes que ilógicas, son peculiares de los diversos tipos intelectuales, y por añadidura las conocemos poco porque apenas se las investiga. Hay ciertamente, reglas que facilitan la invención científica, y en especial la formulación de hipótesis, entre ellas figuran las siguientes: el sistemático reordenamiento de los datos, la supresión imaginaria de factores con el fin de descubrir las variables relevantes, el obstinado cambio de representación en busca de analogías fructíferas. Sin embargo, las reglas que favorecen o entorpecen el trabajo científico, no son de oro, sino plásticas; más aún, el investigador rara vez tiene conciencia del camino que ha tomado para formular sus hipótesis. Por esto la investigación científica puede planearse a grandes líneas y no en detalle, y aún menos puede ser regimentada” MARIO BUNGE, *La ciencia, su método y su filosofía* ob. cit, pp. 60 y 61.

para toda investigación, incluyendo la cognoscitiva de lo penal, deberá ser lo más fluida posible, sin forzamientos ni saltos bruscos concluyentes.

De otra parte, dígase que en la investigación criminal en la que convergen derechos y deberes, no obstante el principio de libertad probatoria, existen zonas de acceso prohibido, lo cual traduce que aquella no se puede realizar de cualquier modo, a cualquier precio<sup>170</sup>, con menoscabo de principios, derechos, garantías constitucionales y legales, ni soslayando los postulados rectores de la prueba, como los de licitud y legalidad, entre otros.

Dadas las anteriores consideraciones, dígase que lo recomendable para la investigación penal es evitar construir atribuciones de responsabilidad penal con fundamento en conjeturas; ejercicio de imputación que con base en las mismas es un imposible jurídico. Además, al no estar aquellas lo suficientemente investigadas, corren el riesgo de que las conclusiones inferidas deducidas en el vacío, pisen terrenos falsos y resbaladizos.

## **5.- De la verificación en la investigación criminal.-**

La fase de verificación en la investigación penal se cumple mediante la construcción, formulación y verificación de hipótesis que apuntan a resolver en sentidos excluyentes o incluyentes la responsabilidad penal, esto es, la relación de conducta de una persona o personas respecto de un objeto u objetos jurídicos penalmente tutelados que hubieran lesionados o puestos en peligro sin justa causa.

---

<sup>170</sup> "No hay ninguna norma que en sí en el proceso penal permita averiguar la verdad a cualquier precio" Cfr. JOSÉ MARÍA ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 76:



Las hipótesis en orden a su verificación o infirmación se facturan para resolver unos interrogantes imprescindibles, como son: ¿Quién o quiénes son los autores y/o partícipes responsables de lo investigado?; ¿Cuáles fueron los motivos, las circunstancias de modo, tiempo, medio y lugar en las que se realizaron las conductas?; ¿Cuáles son las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del procesado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía y sus condiciones de vida?; ¿Y los daños y perjuicios de orden moral y material que causó la conducta punible?

De la verificación o refutación de aquellos interrogantes los cuales traducen hipótesis<sup>171</sup> problemáticas, surgirán respuestas de cara a la formulación de imputación, acusación, motivaciones y resoluciones de la sentencia respecto de la adecuación de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, o adecuación a categorías contrarias, excluyentes o atenuantes de responsabilidad penal.

Las hipótesis así entendidas desde la epistemología, y respetuosas de los principios de necesidad, licitud y legalidad de la prueba, se deben respetar en el estadio de averiguación en lo relativo al recaudo de elementos materiales probatorios, evidencias físicas. Son pues, las hipótesis las que proyectan el proceso cognoscitivo hacia la *fase de verificación*<sup>172</sup>.

---

“La hipótesis de la cual parte el averiguador es una especie de brújula que indica el rumbo a seguir; reúne en un haz coherente todas las medidas de esclarecimiento. Valiéndose de su concepción del desarrollo del suceso, el funcionario operante podrá determinar cuáles son los detalles que aún deberán encontrarse, si el cuadro básico es acertado y estará entonces en condición de buscarlos sistemáticamente” ERICH DOHORING, *La prueba, su práctica y apreciación*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1972, pp. 34 y 35.

<sup>172</sup> “Verificación.- Frente al concepto de la prueba como averiguación, nos aparece el de la prueba como verificación. Se averigua lo desconocido, pero se verifica lo conocido y afirmado. No son solamente distintas las palabras, sino también los fenómenos. Así el abogado debe haber averiguado para que el juez verifique”. SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba ...*, ob. cit, p. 51.

Los planteos hipotéticos referidos a los objetos de estudio de un proceso penal se soportan, formulan, construyen y reconstruyen durante todo el tiempo que dura la investigación y juzgamiento, incluso, hasta los momentos de la redacción de la sentencia en donde las problemáticas planteadas al comienzo de la actuación y curso de la misma harán el tránsito hacia la verificación o infirmación.

Las hipótesis que se formulan al interior del debido proceso penal, dicen relación con *hipótesis de responsabilidad penal*, la cual integra hipótesis de cara a todos los elementos estructurales de la conducta punible objeto de conocimiento, las adjetivaciones sustanciales de la misma, y desde luego, incluye sus contrarios sustanciales excluyentes<sup>173</sup>.

Los planteos hipotéticos en el proceso penal constituyen una actividad continua e ininterrumpida, desde luego, relativa a sus alcances, pues en la medida en que el proceso avanza, pueden ingresar nuevos fenómenos probatorios de contenidos acabados o inacabados que refieran los comportamientos objeto de conocimiento. Y, así, las iniciales hipótesis de trabajo, como las de responsabilidad penal o exclusiones de la misma, se podrán consolidar, fortalecer, debilitar o disolver, esto es, verificarse o infirmarse, y podrán orientar al investigador a continuar con sus iniciales

---

<sup>173</sup> “Todo proceso encierra en sí contradicciones internas, las cuales representan la lucha y, a la vez, la unidad de los elementos opuestos que constituyen al proceso. Los aspectos contradictorios tienden mutuamente a excluirse, luchan entre í y se oponen recíprocamente. A su vez, las diversas parejas de elementos contradictorios contenidas en un proceso, también se oponen unas a las otras, luchan por dominar a las otras y tratan de excluirlas. Igualmente, los distintos procesos combaten entre sí, se oponen mutuamente y tienden a su exclusión recíproca. De esta manera están formados y así se comportan todos los procesos de la naturaleza, lo mismo que los procesos creados por el hombre en su sociedad y en su pensamiento, y por ello todos los procesos del universo son impulsados al movimiento y al cambio incesantes”. ELÍ DE GORTARI, *Introducción a la lógica dialéctica*, Tratados y Manuales Grijalbo, México, 1979, p. 65.

planteamientos, o a efectuar cambios, descartar o reformular<sup>174</sup>, conforme a los nuevas fenomenologías probatorias que así se lo indiquen.

Cuando se trata de reconstruir hechos y comportamientos que en su fase de averiguación no son claros, es dable entender para esos eventos, que *la hipótesis jamás puede edificarse sobre un hecho único, tan solo una pluralidad de hechos debe argumentar la suposición formulada*<sup>175</sup>, valga decir, que aquellas no se pueden formular en una sola dirección<sup>176</sup>, sino que por el contrario, sin tornarse en múltiples, pueden llegar poseer variables problemáticas<sup>177</sup>.

Comprendida así, labor hipotética como actividad cognoscitiva, dinámica y cambiante, se comprenderá que en la misma se debe estar atento a los cambios de sentido, avances y giros que hacia indistintos lados proyecten los fenómenos probatorios los cuales otorgan contenidos a las hipótesis. En esa medida, las hipótesis deberán corresponder a fundamentos extraídos de la observación, generalización, abstracción, nexos internos,

---

<sup>174</sup> “Correspondiendo al movimiento de la naturaleza y de la vida social, y reflejándola de cierta manera, la investigación científica puede caracterizarse como un proceso en el cual se parte de ciertos supuestos que son las hipótesis formadas como resultado de experiencias anteriores para obtener consecuencias por medio de la experimentación y del desarrollo teórico. Los nuevos conocimientos adquiridos y las hipótesis se encuentran conectados por una relación de condicionante a condicionado, en sentido recíproco, pues tanto resulta condicionada la consecuencia por la hipótesis, como ésta es determinada, a su vez, por la consecuencia, dando lugar entonces a una hipótesis más precisa y desde un punto de vista más elevado. Cuando se descubre experimentalmente un nuevo hecho, o cuando se llega racionalmente a una conclusión nueva, que presenta divergencias insalvables con respecto a la explicación establecida anteriormente, entonces, es necesario formular una nueva hipótesis que comprenda las nuevas condiciones conocidas y que explique unitariamente a éstas y a las anteriores”. ELÍ DE GORTARI, *Introducción a la lógica dialéctica*, ob. cit, p. 33.

<sup>175</sup> P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit. p. 464.

<sup>176</sup> Cfr. MARIO BUNGE, *La ciencia, su método y filosofía*, ob, cit, pp. 74, 75 y 76.

<sup>177</sup> Cfr. FRANCOIS GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas, La ley*, Buenos Aires, 1967, p. 472.

externos, empatías y complementariedades de los elementos probatorios reales y personales, acabados o inacabados, allegados al proceso.

Ahora bien, pueden ocurrir eventos en los que al iniciar una investigación, los elementos probatorios sean incipientes<sup>178</sup> como para formular una hipótesis fundamentada. En esos casos es preferible continuar con la averiguación y esperar a que ingresen nuevas evidencias físicas para plantear una hipótesis objetiva y verosímil, antes que proceder de manera ligera a conjeturar con suposiciones no investigadas lo suficientemente y cuyos fundamentos lógicos y empíricos, de una parte, se desvanecen y, de otra, no se conocen.

Desde nuestra orilla garantista, llamamos la atención para abolir de las investigaciones penales la nociva práctica de formular conjeturas de responsabilidad penal, las cuales como sospechas surgen de preconcepciones subjetivistas y cuyos fundamentos lógicos y empíricos no se conocen.

Significamos que la formulación de hipótesis no es un quehacer pre-investigativo. Por el contrario, se trata de una actividad procesal. En esa medida, aquellas deberán respetar los principios de necesidad, licitud y legalidad de la prueba, lo cual traduce que sin fenómenos que obedezcan a existencia material y existencia jurídica, no ha lugar a formular hipótesis de responsabilidad penal.

En otras palabras, si las hipótesis<sup>179</sup> en la investigación penal producen efectos de vinculación de personas a la actuación, es de consecuencia

---

<sup>178</sup> Cfr. ERICH DOHORING, ob. cit., p. 36.

<sup>179</sup> Cfr. GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, América. 1973, p. 63.

tener en cuenta que para proferir providencias que limitan la libertad de aquellas, no se puede proceder con suposiciones conjeturales, ni con hipótesis fundadas en pruebas ilegales o ilícitas. Se hace necesario que los soportes empíricos y racionales de las hipótesis fácticas, obedezcan a objetividades que, a su vez, estén protegidas por la legalidad para evitar abusos del derecho y arbitrariedades.

### **5.1.- De la averiguación y la investigación en la verificación.-**

En la fase dialéctica<sup>180</sup> de la verificación convergen todas las funciones de la mente humana, esto es, las lógicas subjetivas y objetivas. Ellas son: reflexión, raciocinio, deducción, inducción, análisis y síntesis, las cuales aunadas a las fases sensorial, abstracción, concreción y conceptual, actúan interrelacionadas. En efecto, en todo proceso de conocimiento en acciones de reciprocidad, por principio se observa, efectúan abstracciones, concreciones, emiten juicios, formulan hipótesis en orden a su verificación o infirmación, y luego se conceptúa.

Las hipótesis de injusto o responsabilidad penal, categoría en la que se integran extremos referidos a toda la estructura de la conducta punible, como *hipótesis sustanciales* de diversa índole, traducen una actividad que se realiza en todo el curso del debido proceso penal y en especial al interior del debido juicio oral.

---

<sup>180</sup> "La dialéctica no concibe al universo como una colección de cosas finitas y acabadas, sino como el conjunto total de los procesos objetivos en desarrollo. En el universo, los elementos aparentemente estables y los conceptos elaborados por el conocimiento para representarlos se transforman sin cesar, pasando por un cambio ininterrumpido de devenir y de desaparición. Y, entonces, como reflejo de este proceso universal y como parte integrante de él, la lógica dialéctica se caracteriza por ser un desenvolvimiento continuo de lo desconocido a lo conocido, de lo elemental a lo complejo, de lo inferior a lo superior, a través de saltos bruscos, de lucha constante entre contradicciones y de unificación de opuestos". ELÍ DE GORTARI, *Introducción a la lógica dialéctica*, ob, cit, p. 30.

Puede afirmarse que todas las hipótesis que se formulan al interior del debido proceso penal a fin de su verificación o refutación son planteamientos que deben entenderse como ejercicios de prueba.

En esa medida, de cara a su formulación, los elementos fácticos y contenidos de la suposición deberán pasar por el tamiz del respeto a los postulados rectores de la prueba, como son: (i).- Principio de necesidad o existencia material de la prueba, (ii).- Principio de legalidad o existencia jurídica de la prueba, (iii).- Principio de oportunidad, (iv).- Principio de pertinencia, (v).- Principio de admisibilidad, (vi).- Principio de publicidad, (vii).- Principio de contradicción, y (viii).- Principio de inmediación.

La cognoscibilidad en el proceso penal es un ejercicio con fines en la que se integran actos de verificación<sup>181</sup>, esto es, de *indagación, averiguación*<sup>182</sup>; *actos de investigación, esclarecimiento* de los aspectos generales, particulares y singulares de conductas punibles; *actos de reconstrucción (teoría del caso)* y *actos de prueba* de las circunstancias, modales, temporales, principales y accesorias que identifican la relación de conducta de una persona con los objetos jurídicos penalmente tutelados.

El Profesor Sentis Melendo, al respecto afirma:

*“Averiguar y verificar son palabras con sentidos no opuestos sino diferentes, acaso complementarios. Averiguar, como muchas palabras que llevan el prefijo latino (a) significa tender, ir, caminar hacia algo; en este caso hacia la verdad”*

---

<sup>181</sup> Cfr. ERICH DOHRING, ob, cit, pp. 12 y 13

<sup>182</sup> Cfr. SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba*, ob, cit, pp., 55, 56, 57 y 58.

*“En cambio, verificar, al igual que otras palabras de idéntica construcción, certificar, clasificar, se refiere a hacer o presentar como verdad, como cierto por clases. Verificar no es ir hacia la verdad, sino ofrecerla, presentarla. No se trata, pues, entre averiguar y verificar de dos conceptos opuestos, sino correspondientes a dos etapas o momentos sucesivos; primeros se averigua, después se verifica (...)*

*“En definitiva, averiguar, verificar, esclarecer son palabras que responden a conceptos bien distintos (...) Hablar de averiguación, de indagación, de inquisición, de detectación, en orden a la prueba, es desconocer la naturaleza de esta. Averiguar es indispensable trámite previo a la prueba; pero no es prueba, la prueba no consiste en averiguar, en saber, sino en acreditar que aquello que se sabe y por tanto que se afirma, corresponde exactamente a la realidad. Pero eso no quita nada de su importancia a la función averiguadora, que es la base o el origen de la prueba, el sustento de esta, pero que no es la prueba. No se puede probar lo que se ignora, lo que se desconoce; hay que averiguar para afirmar; por eso el concepto de heurística no se debe confundir con el de prueba, y tampoco debe dejar de percibirse el desdoblamiento de ese concepto; una cosa es averiguar lo que ha ocurrido para obtener la propia convicción y otra es buscar elementos para determinar la convicción ajena. Sólo cuando hemos averiguado podemos afirmar, y sólo lo que afirmamos puede constituir materia de prueba. Pero unas veces buscamos en la actividad heurística el hecho desconocido para, una vez conocido, poder afirmarlo. Otras veces, el hecho nos es conocido pero necesitamos elementos probatorios. Al juez no se le puede pedir que averigüe porque esa no es su misión; hay que darle o presentarle, esto es, afirmarle los hechos averiguados. Y hay que ofrecerle elementos que prueban que esa averiguación ha sido correcta. Realizar tal labor anteprocesal o preprocesal es función del particular o de la policía,*

*normalmente del primero en cuanto al proceso civil y de la segunda en cuanto al proceso penal*"<sup>183</sup>.

Sin detenernos en la estructura de las palabras *averiguar, esclarecer y verificar*, consideramos que en la investigación criminal las actividades de averiguación y esclarecimiento actúan de manera relacionada, y como estados previos a la formulación de hipótesis en orden a la verificación<sup>184</sup> constituyen estadios que operan al interior de las fases sensorial, abstracción, concreción, formulación de juicios y conceptos; fases que en el proceso de conocimiento se deben unas a otras, corresponden en acciones recíprocas y, como aspectos (mas no como partes) conforman el todo denominado proceso de conocimiento.

En las actividades heurísticas de averiguación e investigación se recurre a: testigos, peritos, documentos, inspección judicial, de manera excepcional a pruebas de referencia, recaudación de elementos probatorios y evidencias físicas, pero el sólo descubrimiento de los mismos dentro de la audiencia de formulación de acusación o descubrimiento en la audiencia preparatoria, de por sí, no prueban, demuestran, ni verifican, lo cual no

---

<sup>183</sup> SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba*, ob, cit, pp., 55, 56, 57 y 58.

<sup>184</sup> "Se pretende que la decisión sea *materialmente correcta*. Y tal pretensión es trabajada por el legislador de manera tal que se confunde con la idea de *verdad* acerca del acontecimiento histórico que constituye el objeto del procedimiento. Por esta razón, el procedimiento penal quiere ser construido como un método eficiente para hacer esplender la verdad histórica y, sobre esa base, fundar la decisión penal. De allí los poderes que la ley concede al mismo tribunal para averiguar la verdad y, dicho de manera general y normativa, la carencia de influencia de la voluntad de los sujetos procesales para excluir algún elemento de la averiguación. Ciertas formas procesales, como la exigencia que postula el principio de inmediación, la oralidad y la publicidad del procedimiento trabajan también para la consecución de esta meta y no deberían ser consideradas como derivadas de ella en último término, aunque puedan ser útiles a la realización de otro fin procesal. Así, el proceso penal resulta también un método para la averiguación de la verdad objetiva, otro de sus fines, aunque referido siempre a la decisión sobre la punibilidad del imputado" JULIO B. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, II Parte, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 150.



traduce que no indiquen, señalen o proyecten situaciones objetivo-subjetivas acerca de la existencia del estado de conductas que serán objeto de verificación en juicio oral.

Téngase en cuenta que la fase de verificación<sup>185</sup> de conductas, como adecuación o no a normas sustanciales, es un estadio que no siempre culmina al interior del juicio oral. En efecto, la verificación de planteos hipotéticos, también, se realiza de manera anticipada por vía de la aceptación de la imputación, los preacuerdos entre el fiscal, el imputado y el acusado, al allanarse a los cargos imputados o acusados; preacuerdos que obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> “Todo investigador, todo científico, cuando ha llegado a cierto descubrimiento que le permite sentar una determinada conclusión, puede luego comprobar la verdad o falsedad de la misma a través de lo que generalmente se denomina verificación. El descubrimiento presupone una actividad investigadora, pero a su vez agotada ésta con el resultado perseguido, se requiere entonces una ulterior actividad verificadora. Investigación y verificación son pues, dos tiempos diferentes dentro de un mismo método científico”

“En el ámbito judicial se suele decir que la prueba es exclusivamente trabajo de verificación, y aunque ello pueda admitirse desde un punto de vista etimológico y a efectos puramente conceptuales, opinamos que en la práctica investigar (heurística) y probar deben estudiarse y tratarse conjuntamente como una misma actividad probatoria *latu sensu*, no habiendo motivos suficientes para excluir la primera del marco de un futuro derecho probatorio” (...)

“Judicialmente vemos dos tipos de verificación. La verificación que tiene por objeto comprobar la autenticidad de los instrumentos probáticos y que también hemos llamado contrastación o verificación de la presunción de medio (SCHOPENHAUER hablaba de comprobar el instrumento de la comprobación) y aquella otra que comprueba la afirmación mediatamente extraída de tales instrumentos, a la cual denominamos prueba o verificación de la presunción de resultado”. LUIS MUÑOZ SABATÉ, Técnica probatoria, ob, cit, pp. 234 y 235.

<sup>186</sup> “De la variación de un precedente jurisprudencial:

Tratándose de la Ley 906 y las sentencias producidas como resultado de las políticas del consenso o justicia premial, esto es, aceptación de cargos, preacuerdos y negociaciones (arts. 351, 352, 356 nral. 5º y 367 ejusdem), se ha sostenido de manera reiterada por la jurisprudencia que la única opción que tiene el juez es la de

---

proceder a dictar una sentencia de condena con la rebaja que corresponda o la de anular la actuación ante la evidencia de un error antecedente en la formulación de cargos, postulación que ahora se varía y para lo cual se hace necesario efectuar además, otras acotaciones.

La Ley 906 de 2004 en orden a la censura de los fallos proferidos de manera anticipada, no reprodujo las restricciones para apelar de que se ocupaba el art. 40, inciso 10º de la Ley 600 de 2000, la cual en su texto regulaba el "interés para recurrir" dando por establecido que: *"Contra la sentencia procederán los recursos de ley, que podrán interponer el Fiscal General de la Nación o su delegado, el Ministerio Público, el procesado y su defensor respecto de la dosificación de la pena, de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes. La parte civil podrá interponer recursos cuando le asista interés jurídico para ello"*.

Bien puede afirmarse que el predicado del artículo 293 inciso 2º del C. de P.P., referido a la imposibilidad de retractación por parte de los intervinientes una vez se hubiese dado el examen de juridicidad del acuerdo y la aceptación del mismo por parte del juez de conocimiento, contrae una limitante para impugnar los aspectos sustanciales que hubiesen sido objeto del consenso<sup>186</sup>, traduciéndose conforme al criterio de "interés para recurrir" que en principio los intervinientes en el acuerdo aprobado, carecen de legitimidad para desarrollar censuras en la pretensión de lograr la revocatoria o modificación de aspectos de atribución típica, grados de participación, circunstancias modales, adecuación antijurídica, expresiones de culpabilidad, agravantes genéricas o específicas, etc., que hubiesen sido objeto de aceptación, preacuerdo o negociación.

Las anteriores limitaciones tienen su fundamento en el hecho que la segunda instancia como la sede extraordinaria de la casación penal en lo que corresponde a la impugnación de sentencias proferidas en vía de terminación anticipada del proceso, no pueden constituirse en espacios de retractación de lo aceptado, motivo por el cual se restringe para aquellos la discusión probatoria, retractación o negación de los cargos que de manera libre y espontánea hubiesen aceptado.

Lo anterior no excluye que se puedan desplegar censuras sobre aspectos relacionados con la dosificación de la pena en cuanto a sus límites de legalidad, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, efectos de incongruencia entre los contenidos de lo consensuado y las conductas derivadas, y desde luego, respecto de la transgresión de garantías fundamentales.

De las restricciones derivadas de la irrevocabilidad de los aspectos sustanciales que hubieran sido objeto del consenso aprobado, es de donde se deriva que las limitaciones para recurrir sentencias por vía de terminación anticipada del proceso se hagan extensivas a la sede extraordinaria de la casación penal.

Debe precisarse y reiterarse que dentro de los mencionados límites, no se implica lo relacionado con la efectividad del derecho material en orden a la realidad del principio de prevalencia del derecho sustancial, lo relativo al propósito de unificación de la jurisprudencia y lo que dice relación con el menoscabo de

---

garantías fundamentales, de suerte que al sindicado y su defensor les asiste "interés para recurrir" con toda legitimidad en sede de casación penal aspectos relacionados con violación del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de garantías (art. 457) o por violación de garantías de incidencias sustantivas, conforme al artículo 228 constitucional.

Cuando se trata de la censura extraordinaria de una sentencia proferida de manera anticipada orientada a la protección de Principios, Derechos y Garantías Fundamentales, se puede considerar que es a través del art. 184.3 del C. de P.P.<sup>186</sup>, como el legislador en vía de la excepción al principio de limitación regente de la casación penal el cual puede afirmarse está des-limitado, plasmó su voluntad jurídica de otorgarle a la Sala de Casación Penal en virtud del principio de seguridad jurídica, facultades oficiosas para proteger y salvaguardar ese plexo axiológico entre las que, como es de su esencia, se implican tanto las de incidencia procesal (errores de estructura o de garantía) como las de repercusiones sustanciales, no sólo para los eventos de la impugnación de sentencias proferidas de manera anticipada, sino también cuando hubiesen culminado de manera normal.

Además, se advierte que las garantías fundamentales son objeto de protección en el artículo 131 cuando en su texto se establece:

*"Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez del conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado".*

A su vez el artículo 351.4 de la Ley 906 de 2004, cuando en sus contenidos estatuye:

*"Los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales".*

En igual sentido es lo regulado en el artículo 354 ejusdem en el cual se impera que: *"Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor".*

Además, se observa que el artículo 368 inciso 1º ibídem<sup>186</sup> en la fase del juicio oral también se ocupa de la protección de garantías fundamentales cuando de manera expresa indica que:

*"De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiere habido una alegación de no culpabilidad".*

Estas preceptivas, entre otras, además del Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta Política que señalan la justicia, el orden justo y la dignidad humana como superiores baluartes axiológicos, se constituyen en los instrumentos por excelencia con los que se puede hacer efectivo el principio constitucional de prevalencia del

---

derecho sustancial (art. 228 superior), facultades que se inscriben dentro de la construcción y aplicación de un derecho penal acorde con la concepción, visión, fines y valores de un Estado constitucional, social y democrático de Derecho como lo es y pretende ser el nuestro.

Tratándose de sentencias anticipadas que se impugnen en la vía extraordinaria a efectos del control de constitucionalidad y legalidad y a fines de la protección de garantías fundamentales de incidencia procesal, esto es, en orden a la enmendación de errores de estructura o de garantía, la Sala podrá efectuar de manera rogada *u officiosa* los correctivos del caso cuando la sentencia se hubiese dictado en un juicio viciado de nulidad (arts. 23<sup>186</sup>, 455<sup>186</sup>, 456<sup>186</sup>, 457<sup>186</sup> del C. de P.P.), en los eventos en que el fallo se hubiera dictado con fundamento en pruebas ilícitas, por falta de competencia del funcionario judicial, o con irregularidades sustanciales afectantes del debido proceso, o violaciones al derecho de defensa, recordándose que en las dos últimas modalidades no tienen cabida censuras por aspectos relacionados con la omisión de práctica de pruebas, ni por afectación del principio de contradicción probatorio, pues lo esencial de la sentencia anticipada es que se constituye en una renuncia a los ejercicios de oralidad, publicidad, intermediación, concentración, práctica de pruebas y contradicciones fácticas, renunciadas entre las que no se incluyen el despojo de la presunción de inocencia, ni al debido proceso preestablecido, ni a los principios rectores de las pruebas de necesidad, motivación, licitud, ni mucho menos renuncia al derecho de defensa.

Así mismo, cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de repercusiones sustanciales que se hubieran materializado como *errores in iudicando*, la Sala Penal de la Corte, cuando se trate de sentencias anticipadas que se impugnen en vía extraordinaria deberá casar la sentencia ya sea de manera rogada *u officiosa* como aquí se hace al encontrar que la violación se ha materializado de manera evidente.

Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena (necesaria, proporcional y razonable), o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía *in malam partem*, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del *non bis in ídem*, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva, o por desconocimiento del principio de *in dubio pro reo*.

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y

## 6.- De la verificación como suma cognoscente.-

En las ciencias naturales y sociales, la fase de verificación sirve al investigador para confirmar o infirmar hipótesis; proceso que parte de la observación de hechos, abstracción, conceptualización, análisis y síntesis de aspectos esenciales, fenomenológicos, generales, particulares, de causa y efecto, necesarios y casuales, posibles y reales, concretos y determinados, nexos internos, externos, empatías, complementariedades, exclusiones o contradicciones de los fenómenos averiguados.

Asimismo, en el proceso penal sin que sea dable confundir la hipótesis científica con la hipótesis jurídica<sup>187</sup>, la fase de verificación sirve a los operadores de justicia para analizar lo averiguado e investigado, descubrir nexos internos, externos, complementariedades, exclusiones, contradicciones o contraposiciones de los fenómenos personales y reales allegados a la actuación.

---

debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2009, M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTÍDAS, Radicado 31.531.

<sup>187</sup> "En las ciencias naturales, la verificación equivale a experimentación, de modo que al confirmarse la hipótesis a través de una evidencia sensible, pocas dudas cabrán ya acerca de su total y plena firmeza. También en las ciencias exactas, el ejemplo carneluttiano de la prueba del nueve (multiplicación) es otro caso mas de verificación definitiva. En cambio, en las ciencias históricas ya hemos visto como el resultado venía siempre dado en términos de probabilidad, sujeto por tanto a una nueva verificación, y ésta a su vez a otra, y así hasta el infinito. *Como observara, FABREGUETTES, no debemos confundir jamás la hipótesis científica, que puede ser inmediatamente realizable por la experiencia con la hipótesis jurídica, la cual por lo general, no es controlable*" LUIS MUÑOZ SABATÉ, ob. cit, p. 225.

En esta fase los funcionarios judiciales relacionan las existencias materiales con las hipótesis planteadas. Centran su atención en la conducta reconstruida, se abstrae y razona acerca de ésta en aspectos esenciales, fenomenológicos, principales, secundarios, circunstancias de modo, tiempo, modo y lugar se adecuan o no a una forma básica, especial o alternativa.

Los hechos averiguados e investigados le proyectarán elementos de juicio para apreciar los dis-valores sociales como los denomina BUSTOS<sup>188</sup>, valga decir, dis-valores de acción y resultado como los denomina la doctrina tradicional, en orden a la valoración de imputación objetiva y subjetiva o sus contrarios; en suma, para valorar relaciones de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad o sus contrarios.

La resolución de hipótesis penales, cuyo contenido está condicionado por hechos supuestamente punibles, puede ser sencilla o compleja y ser controlada. En efecto, con método, esfuerzo, imaginación, raciocinio, reflexión e instrumentalización de medios técnico-científicos, etc., *“tienden un puente que desde la afirmación de hecho conduzca a la verdad objetiva, para de ese modo poder trasladar los hechos a la presencia del juez”*<sup>189</sup>.

Los estadios de verificación en el proceso penal, por principio, se consolidan en el juicio oral, y desde luego en la sentencia.

Empero, la verificación como punto de llegada y resultado es un proceso gradual que se materializa de manera escalonada en los actos *no de mera*

---

<sup>188</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un Nuevo derecho penal*, Temis, Bogotá 1982, p. 17.

<sup>189</sup> LUIS MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., p. 28.

*comunicación, sino sustanciales* de formulación de imputación y acusación, los cuales, como partes del todo, dan forma y contenidos a la suma verificadora de los extremos subjetivos y objetivos del injusto penal de que se trate.

Pero la verificación puede ocurrir de manera contraria, al constatarse los extremos excluyentes de inexistencia del hecho investigado, ausencia de intervención del imputado en la conducta, ausencia o exclusión de autoría o participación, atipicidad de la misma, ausencia de responsabilidad por existencia de causal de justificación o inculpabilidad.

De contera, ante la ausencia de soportes materiales o existencia de vacíos o lagunas probatorias se tornará difícil arribar a la verificación que da forma y contenidos a la prevalencia del derecho sustancial y, desde luego tales falencias no es dable suplirlas con subjetivismos unilaterales<sup>190</sup>, imaginaciones, ni con el angustioso despliegue de conjeturas.

En otras palabras, la suma cognoscente en el proceso penal jamás podrá estar sujeta a suposiciones desposeídas de referentes materiales, ni jamás podrá ser etérea, abstracta o abstractiva.

---

<sup>190</sup> "Pero como señala PAREDES CASTAÑÓN, tampoco se puede basar una condena en una *pura apreciación subjetiva del juez*, sin ninguna fundamentación, porque "solo sobre la base de leyes fenoménicas causales científicamente válidas puede afirmarse legítimamente como probada la existencia de una relación de causalidad. Desde luego, lo que no puede admitirse, en ningún caso, es que la libre valoración de la prueba se utilice como vía para dar absoluta libertad al convencimiento subjetivo del juez o tribunal de instancia, pues, como dice Roxin, la falta de prueba científico natural del nexo causal "no puede ser sustituida por una convicción subjetiva del juez por la vía de la libre valoración de la prueba" FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, ob, cit, p. 96.

## Capítulo II

### DE LA VERDAD EN EL CONOCIMIENTO Y EL CONOCIMIENTO VERDADERO EN EL PROCESO PENAL.

#### I.- De la verdad objetiva.-

Aspecto esencial de la dialéctica como teoría del conocimiento es el problema de la verdad. Los interrogantes gnoseológicos fundamentales alrededor de la misma son, entre otros: ¿Qué es la verdad, en qué consiste, cuáles son sus contenidos?; ¿Hasta qué punto o medida es posible llegar a un conocimiento verdadero?; ¿Cuál es y como opera el proceso que puede conducir al entendimiento, al conocimiento de la verdad? En igual sentido, otros de los interrogantes que se formulan están dados en si ¿la verdad es absoluta?, ¿relativa?, ¿abstracta o concreta?; interrogantes y, otros mas, que conforman el complejo problemático, acerca de la verdad, sus contenidos y su proceso de aprehensión de la misma, por el conocimiento humano.

Los problemas han sido abordados por distintas tendencias filosóficas que se agrupan fundamentalmente en dos: el idealismo<sup>191</sup> y el materialismo dialéctico.

Como anotamos en el capítulo anterior, para las concepciones idealistas subjetivas y objetivas, en las relaciones entre el ser y el pensar, entre el objeto cognoscible y el sujeto cognoscente, lo principal es la idea, el

---

<sup>191</sup> Cfr. MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, ob, cit, pp. 46 y 47.



pensamiento y los conceptos que nos formamos de los objetos, mas no los objetos mismos.

Los idealistas subjetivos niegan la existencia del mundo objetivo y consideran como objetos los complejos de ideas y sensaciones, niegan, también, la sujeción de los fenómenos a leyes objetivas. Los idealistas objetivos “reconocen un determinado orden en la naturaleza, la sujeción de los fenómenos a leyes, pero no buscan la fuente de esto en la naturaleza misma, en la relación natural de causa a efecto, sino en la «razón universal», en la «idea absoluta», en la «voluntad universal»”.

Para el materialismo dialéctico la fuente de las sensaciones es “*el mundo exterior, la materia, el medio material, los fenómenos y objetos que lo componen*”<sup>192</sup>; sensaciones que son captadas por la conciencia gracias a los órganos sensoriales; conciencia que, a su vez, es producto de la actividad cerebral.

Las sensaciones<sup>193</sup> que conforman el universo de la conciencia son provocadas por las propiedades de los objetos, las características de sus fenómenos constituyen sensaciones en cuanto a olor, color, sabor, peso, sonido, volumen y temperatura, etc., de cuyas semejanzas y diferencias se expresan las propiedades, identidades y diferencias de los objetos materia de conocimiento.

Conforme ese paradigma, si en la relación *sujeto conocedor-objeto de conocimiento*, se tiene que los fenómenos se reflejan en la conciencia, de igual se advierte que el mundo material obedece a una existencia objetiva

---

<sup>192</sup> F. V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de filosofía marxista*, ob. cit. p. 161.

<sup>193</sup> “Son copias, fotográficas o imágenes de los objetos materiales. Esta tesis constituye uno de los pilares de la teoría dialéctico-materialista del conocimiento” F. V. KONSTANTINOV, ob. cit. p. 163.

e independiente de la conciencia. En efecto, la imagen reflejada no existe sin el objeto reflejado, a diferencia de que el fenómeno de que se trate si existe independientemente de su propio reflejo.

Ahora bien, el postulado del reflejo<sup>194</sup> en el que interactúa lo subjetivo-objetivo<sup>195</sup> concreto y determinado del sujeto conocedor y el objeto de conocimiento, no traduce que los reflejos proyecten, siempre, exactitud respecto de las características, propiedades o identidades de los fenómenos de la realidad objetiva.

En su matiz y diferencia, los reflejos y sensaciones, en ocasiones no son completos e idénticos y, en otras se proyectan erráticos o distorsionados, esto es, no corresponden con el objeto.

Lo esencial de la verdad radica en su existencia objetiva<sup>196</sup>, pero lo importante no está en aceptar o no la existencia de la verdad objetiva. Por el contrario, está en corroborar que la verdad aprehendida corresponda a la realidad objetiva<sup>197</sup>, toda vez que no todos los procesos de conocimiento conllevan a esa correlación entre verdad objetiva y realidad objetiva. En efecto, algunos se quedan en errores, mentiras, falsedades o distorsiones.

---

<sup>194</sup> "La teoría materialista del conocimiento como reproducción espiritual de la realidad capta el doble carácter de la conciencia, que escapa tanto al positivismo como al idealismo. La conciencia humana "es reflejo", y, al mismo tiempo, "proyección"; registra y construye, toma nota y planifica, refleja y anticipa; es al mismo tiempo receptiva y activa. Para que hablen "las cosas mismas", sin añadir nada, dejando las cosas como son, hace falta una actividad de un género particular". KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo concreto*, ob, cit, p. 45.

<sup>195</sup> "F. V. KONSTANTINOV, *Fundamentos de filosofía marxista*, ob, cit, pp. 179 y 180.

<sup>196</sup> Cfr. TCHANG EN TSE, *Verdad y conocimiento*, Madrid, Editorial, Akal, Madrid, 1976, pp. 46, 48 y 60.

<sup>197</sup> Cfr. P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob, cit, p. 478.

Al entender la verdad objetiva como una relación y proceso que comprende resultados<sup>198</sup>, no ha lugar a concebirla de forma fija<sup>199</sup> como un flechazo sensorial al estilo de una captación fotográfica, lo cual no excluye que en tratándose de fenomenologías simples o sencillas se den resultados de verdades instantáneas.

En el proceso de conocimiento hacia el reflejo de la verdad objetiva, se parte de la observación<sup>200</sup> y experimentación<sup>201</sup>, praxis social, histórica, determinada que permite descubrir las conexiones internas, externas y temporo–espaciales existentes entre el objeto de conocimiento y otros objetos; observación que de igual permite aprehender las relaciones de causalidad que ligan y rigen los procesos de causa y efecto en puntos de la aparición, desaparición y transformación de los fenómenos.

La aceptación con el materialismo dialéctico acerca de la existencia de la verdad objetiva, de ninguna manera traduce que sea dable conformarse con la sola enunciación de la objetividad de los fenómenos, toda vez que ello significaría quedarse en lo estático.

---

<sup>198</sup> “La verdad, es un proceso, que comprende determinados resultados; ellos constituyen los elementos de este proceso. Comprender el significado, el contenido de estos resultados, significa, determinar su lugar en el avance del pensamiento hacia la verdad objetiva. Desde estas posiciones debe enfocarse la hipótesis cuando se trata de determinar el conocimiento comprendido en ella en su relación con el mundo objetivo” P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit. p. 478.

<sup>199</sup> “La dialéctica no considera los productos como algo fijo, ni las configuraciones y los objetos, o sea, todo el conjunto del mundo material cosificado, como algo originario e independiente; del mismo modo tampoco considera así el mundo de las representaciones y del pensamiento común ni los acepta bajo su aspecto inmediato, sino que los somete a un examen en el cual las formas codificadas del mundo objetivo e ideal se diluyen, pierden su fijeza, su naturaleza y su pretendida originariedad, para mostrarse como fenómenos derivados y mediatos, con sedimentos y productos de la praxis social de la humanidad” KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo concreto*, Enlace – Grijalbo, México, 1967, p. 33.

<sup>200</sup> Cfr. ELÍ DE GORTARI, ob. cit. pp. 38 y 39.

De correspondencia, en la categoría de la verdad objetiva se debe observar la relación entre el sujeto cognoscente y el objeto cognoscible, lo cual implica que en la aprehensión de la misma se integran extremos objetivos y subjetivos, valga decir, en el tránsito de la objetividad verdadera hacia la aprehensión de la verdad objetiva, interactúan realidades objetivas consideradas, y desde luego las funciones subjetivas y objetivas concretas de la mente del cognoscente, como son sus sentidos de reflexión, raciocinio, abstracción, concreción, análisis, síntesis y, en fin todas las facultades intelectivas.

Por eso nos dice TCHANG EN TSE, que: *“lo más importante aquí no es proclamar simplemente que la verdad es la objetividad misma (lo cual sería muy fácil), sino saber investigar la verdad en la relación entre sujeto y objeto, según la teoría materialista del reflejo”*<sup>202</sup>; relación que es de praxis social<sup>203</sup>, en cuyo decurso en lo que respecta al sujeto cognoscente, aparte

---

<sup>201</sup> ELÍ DE GORTARI, *Introducción a la lógica dialéctica*, ob. cit. pp. 41 y 42.

<sup>202</sup> TCHANG EN TSE, ob. cit. p. 66.

<sup>203</sup> “Pero ¿porqué la práctica puede ser el único criterio de verdad?. Esto es determinado por su carácter mismo. El materialismo considera que la verdad es el acuerdo del pensamiento con la realidad objetiva y el criterio de la verdad debe necesariamente ser algo que presente las características mismas de la relación entre pensamiento y realidad. La práctica es la que únicamente presenta estas características específicas. La práctica social de los hombres, es la subjetividad humana en su objetividad. Es la actividad que transforma el mundo objetivo. Sus caracteres son, de una parte, ser una actividad consciente que se propone objetivos a alcanzar, conducida bajo la dirección de pensamientos determinados; de otra parte, ella supone una transformación y recreación del mundo objetivo. Es decir, que la práctica social, une y reúne el pensamiento con el mundo objetivo. La práctica es conducida bajo la dirección de pensamientos determinados, este es su aspecto subjetivo. Al mismo tiempo, su objeto y sus resultados, son realidades existentes objetivamente, este es su aspecto objetivo. Si esta práctica guiada por el pensamiento obtiene los resultados objetivos que ella se había fijado, esto manifiesta, de manera certera, la justeza del pensamiento que la dirige. Sino esto prueba que tal pensamiento era erróneo”.

“Como ha dicho el presidente MAO: *“La verdad de un conocimiento o de una teoría, es determinada no por una apreciación subjetiva, sino por los resultados obtenidos de la práctica social”*.

del objeto cognoscible, interactúan diversidad de factores como son sus facultades de aprehensión, comprensión e interpretación, al igual que condicionamientos afectivos, ideológicos, políticos, sociales y económicos; componentes que así como le pueden coadyuvar a aprehender una verdad objetiva diáfana, asimismo le pueden condicionar errores y deformaciones del reflejo cognoscitivo.

De otra parte, en lo que corresponde a la categoría de verdad objetiva, habrá de comprenderse que hacia el curso de la misma, tiene cabida la posibilidad del error<sup>204</sup>.

---

“Únicamente la práctica social presenta esta característica. Esta es la razón por la que la práctica juega el papel de unir completamente en su mismo proceso el pensamiento y el ser, la subjetividad y la objetividad. Esta función comprende dos aspectos distintos y unidos entre ellos: es en el curso de la práctica donde el reflejo de la objetividad exterior viene a manifestarse en el pensamiento; y es en el curso de la práctica donde se prueba el acuerdo del pensamiento con la objetividad exterior”.

“El criterio de la práctica proporciona un criterio objetivo de verdad que permite apreciar y distinguir correctamente verdad y error. El criterio de la práctica ofrece las posibilidades mas ricas y completas para extirpar radicalmente las teorías absurdas y sofisticadas y para desarrollar rápidamente la ciencia. La práctica es imparcial y justa. Ella es el árbitro implacable que juzga las opiniones y las ideas de todos sin inclinarse hacia ningún lado. Ella no toma partida ni por el punto de vista de la mayoría, ni por el de la minoría; ella no se inclina delante de la autoridad o del prestigio, ni desprecia las opiniones de las gentes sencillas. Ella otorga justicia a todos. Lo que no resiste la prueba es juzgado erróneo y poco importa quien lo proponga. Lo que supera victoriosamente la prueba, es lo único digno del nombre de verdad” TCHANG EN TSE, ob. cit. pp. 112 a 115.

<sup>204</sup> “Debemos distinguir la verdad del error, ya que su confusión conduce a sustituir lo objetivamente verídico por lo erróneo. En un sentido determinado, la verdad es la verdad, pero la verdad como proceso dinámico del pensamiento, no excluye la posibilidad del error, de que el pensamiento se aleje, se aparte de la realidad. La verdad es un proceso en la trayectoria del pensamiento que, pese a incluir en sí la posibilidad de equivocarse, sigue el camino del reflejo objetivamente verdadero de la realidad. El error, en oposición a la verdad, sigue el camino de la deformación, de un reflejo deformado de la realidad. Y en este sentido, teniendo en cuenta la tendencia del pensamiento, la verdad y el error constituyen procesos opuestos, aunque lo verdadero contenga y revela más tarde sus aspectos erróneos y lo erróneo comprenda algunos elementos verdaderos”. P.V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit. p. 481

Los contenidos de error deben verse en perspectiva de lo relativo, cuando lo reflejado no corresponde con la objetividad; ausencia que puede resultar porque el sujeto de manera unilateral supone facticidades que no integran la realidad objetiva, porque les realiza agregados que no hacen parte de la materialidad, o porque les efectúa cercenamientos fácticos y se aparta de la identidad objetiva reflejada.

Los errores, si bien constituyen un proceso opuesto al de verdad, también lo es que hacen parte del proceso de conocimiento, lo cual se advierte en los cambios que tiene la verdad, en las mutaciones de las que ayer lo eran y hoy son erróneas, dando lugar y tránsito a una nueva verdad, y lo que se advierte en el tránsito de lo que ayer se consideraba erróneo y hoy se reconoce verdadero, lo cual traduce que verdad y error se transforman, dinamizan y avanzan hacia la verdad objetiva en sus caracteres de totalidades concreto-relativas. En otras palabras, en la verdad objetiva interactúan los criterios de verdad concreta total, verdad concreta relativa, errores concretos totales y errores concretos relativos.

## **II.- De la verdad absoluta y verdad relativa.-**

Bajo la comprensión que la trayectoria de la realidad objetiva hacia la aprehensión de la verdad objetiva es un sendero o proceso cognoscitivo progresivo e ininterrumpido; procesos indistintos de diferentes disciplinas de conocimiento científico en las que se han superado conocimientos inacabados hacia acabados; proceso de verdades de *partes* concretas hacia verdades de *todos* concretos, de verdades particulares y singulares *incompletas* hacia verdades particulares y singulares *completas*, de superación de verdades y errores concretos y determinados:

Bajo la anterior perspectiva es como ha lugar a comprender las categorías de verdad absoluta<sup>205</sup> y verdad relativa<sup>206</sup>, denotando que la categoría de

---

<sup>205</sup> "Llamase *verdad absoluta* a la verdad objetiva que alcanza una forma plena y perfecta. Verdad absoluta es la que no puede ser refutada en el futuro por la ciencia, ni por la práctica. Pero ¿existe la verdad absoluta? A esta cuestión responde afirmativamente el marxismo, sin titubeo alguno. Reconocer la verdad objetiva, es decir independientemente del hombre y de la humanidad, significa admitir de una manera o de otra la verdad absoluta".

Y agrega: "La verdad absoluta no es sólo un límite al que se dirige nuestro conocimiento y al que nunca llega en realidad" (...) "Para el materialismo dialéctico no es suficiente conocer la existencia de la verdad absoluta, sino que es preciso también poner al descubierto la vía para alcanzarla. El hombre no llega de pronto a la verdad absoluta, ya que esta se compone de verdades relativas" (...)

"Llamase *verdad relativa*, el conocimiento que en lo fundamental refleja exactamente la realidad, pero no en toda su plenitud, sino dentro de ciertos límites, en determinadas condiciones y bajo ciertas relaciones (...), el pensamiento humano por su naturaleza puede darnos y nos da en efecto la unidad absoluta que resulta de la suma de verdades relativas (...). La verdad relativa representa un reflejo aproximado e incompleto de la realidad (...). La verdad absoluta y la verdad relativa son dos aspectos de la verdad objetiva. Una y otra se distinguen no por su fuente, sino por el grado de exactitud, adecuación y plenitud con que reflejan la realidad. La verdad absoluta se forma de verdades relativas y cada peldaño del progreso científico añade un nuevo grano a la verdad absoluta" F.V. KONSTANTINOV, ob, cit, pp. 297 y 298.

<sup>206</sup> "La *verdad relativa* y la *verdad absoluta* son pues, dos conceptos filosóficos que expresan el progreso histórico del conocimiento de la realidad objetiva. Lo que se llama verdad absoluta designa un conocimiento cuyo contenido reflejaría la realidad objetiva de una manera completa, incondicionada y absoluta. Lo que se llama verdad relativa será pues, un conocimiento cuyo contenido refleja la realidad objetiva de manera aproximativa, incompleta y condicionada".

Y complementa: "Sabemos que la particularidad del conocimiento humano, es el paso de la ignorancia al conocimiento, de conocimientos incompletos a conocimientos mas completos, de verdades relativas a verdades absolutas. En el curso de este proceso, el conocimiento y la verdad se transforman en su desarrollo. No se puede representar la verdad como una realidad sin vida y sin movimiento, ni como una imagen que agotaría definitivamente todos los aspectos de la naturaleza sin omitir detalle. No se puede esperar que nos llegue un día <la suerte> de acceder a esta imagen. El conocimiento humano progresa continuamente de la verdad relativa a la verdad absoluta, hacia el conocimiento completo y definitivo de la totalidad del mundo objetivo. Pero el proceso no tiene término y no puede conocer un acabamiento definitivo. Es un camino histórico sin fin. Lenin ha dicho: "El hombre no puede jamás comprender la naturaleza total, su <totalidad inmediata>, el hombre no puede mas que aproximarse indefinidamente a este

verdad absoluta, integra en sus contenidos el concepto de verdad relativa, toda vez que de por sí, las verdades absolutas son relativas respecto del conocimiento de lo absoluto.

El desarrollo del conocimiento humano en todas las disciplinas que dicen relación con objetos del mundo natural y social, ha demostrado que el hombre no obstante sus límites que empiezan en su naturaleza, cada día<sup>207</sup> realiza mayores y profundas aprehensiones del mundo objetivo, y que con la acumulación de verdades entendidas como totalidades concreto-relativas (Kosik) se aproxima cada vez más hacia la verdad absoluta; categoría que no es equiparable al concepto incomprensible para el hombre de conocimiento con contenidos de lo absoluto y definitivo.

Por lo anterior, consideramos que el concepto de verdad absoluta no se lo puede absolutizar y, bajo el imperio de la ley de la unidad de contrarios regente de la dialéctica, se comprende que el concepto de verdad absoluta a su vez es relativo, en la medida que encuentra su complementario en la verdad relativa.

---

<punto>, forjando abstracciones, conceptos de una imagen científica del mundo” TCHANG EN TSE, *Verdad y conocimiento*, ob, cit, pp. 122 y 123.

<sup>207</sup> “El conocimiento humano se desarrolla sin cesar, y aunque en algunas decenas o centenares de años, sabremos diez mil veces más sobre la estructura de la materia, no obstante, es seguro que el desarrollo del conocimiento humano es ilimitado, que nuestro conocimiento de la estructura de la materia progresa continuamente, y que los hombres no alcanzarán jamás la verdad definitiva; es verdad, por eso mismo, que el conocimiento de la materia se profundiza sin cesar y su verdad se acrecienta y se refuerza, desde la teoría atómica de la antigüedad a la teoría atómica moderna, de la teoría atómica moderna a la teoría electrónica contemporánea, el proceso del conocimiento de la estructura de la materia ha atravesado todos estos grados que acabamos de resumir. Cada grado manifiesta una etapa particular del proceso de desarrollo de la verdad, del proceso de aproximación progresiva a la verdad absoluta a través de verdades relativas”. TCHANG EN TSE, *Verdad y conocimiento*, ob. cit. p. 125.



Las anteriores reflexiones epistemológicas nos permiten ver la verdad en su totalidad concreto relativa y la verdad relativa en su totalidad relativa, esto es, en dinámicas cambiantes y superaciones en una y otra vía, y en acciones de reciprocidad y mutuas afectaciones.

### III.- De nuestra visión de verdad jurídica en el proceso penal.-

Desde la dogmática penal es un hecho cierto que todos los juicios *de existencia, afirmativos, negativos, de reflexión, necesidad, y juicios de conceptos* mediante los cuales se emiten e identifican aspectos esenciales y características de una conducta objeto de interés penal, dicen relación con los universos y especificidades *de la conducta humana*, valga decir, con *dis-valores de acción y dis-valores de resultado*.

Es decir, se trata de juicios y conceptos referidos a indistintos adjetivos que recaen sobre la conducta humana<sup>208</sup> en punto de su adecuación o no a descripciones positivas, lo cual significa *que los contenidos de verdad y error en derecho penal* obedecen a la unidad y correspondencia o no, con los extremos dados entre la lógica formal y la lógica material.

La anterior ecuación, traduce que en la adecuación de la conducta a la categoría reguladora del delito de que se trate, se pueden proyectar *juicios de derecho*<sup>209</sup> como conceptos que obedezcan a verdades de juicio, verdades conceptuales, o que en su contrario, se presenten errores de juicio y errores conceptuales.

---

<sup>208</sup> Cfr. JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El delito emocional*, Tercera Edición, Doctrina y Ley, Bogotá, 2004, pp. 69 y 70.

<sup>209</sup> Cfr. CARLOS CLIMENT DURÁN, *La prueba penal*, Tiran, lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 6 a 61.

Sin pretensiones de novedad postulamos que los contenidos de los juicios y conceptos referidos al debido proceso penal, dicen relación con verdades sustanciales y errores sustanciales, en los que se integran los contenidos de la lógica formal y lógica material.

En tratándose de los contenidos, referidos a la lógica material, hemos de afirmar que:

La verdad y el error dicen relación con la conducta humana<sup>210</sup> vista en sus *expresiones objetivas y subjetivas*<sup>211</sup>, de lo cual se infiere que los juicios de derecho y en derecho que se formulen respecto del delito: No pueden construirse ni atribuirse al margen de los contenidos materiales<sup>212</sup> de la conducta humana objeto de investigación y juzgamiento, toda vez que sin

---

<sup>210</sup> Cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal liberal de hoy*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 330.

<sup>211</sup> Cfr. JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El delito emocional*, ob, cit, pp. 67 y 68.

<sup>212</sup> “La aplicación de las normas jurídicas a la realidad se suele describir como resultado de un silogismo en el que la premisa mayor la constituye una norma jurídica completa; la inclusión de un “caso” de la realidad en el supuesto de hecho de esa norma jurídica, la premisa menor; y la conclusión, la aplicación a ese caso de la consecuencia jurídica prevista en la norma”.

“En este silogismo, la obtención de la premisa mayor, es decir, la averiguación del sentido de la norma jurídica, incumbe a la *interpretación*; la obtención de la premisa menor, es decir, la inclusión del caso de la realidad en el supuesto de hecho de la norma jurídica, constituye la llamada *subsunción*; y finalmente la conclusión esta constituida por la *aplicación* de la consecuencia jurídica”.

“Pero la realidad de la administración de justicia ofrece un panorama diferente al que se acaba de describir. La reducción de la actividad jurídico-penal a los esquemas simbólicos de la lógica formal es imposible, sin que se pierda una buena parte de lo que constituye la esencia de esta actividad, porque como dice Córdoba roda, ni la averiguación de los hechos de la realidad y su correspondiente enjuiciamiento jurídico son comprensibles de un modo absolutamente lógico y porque tampoco los citados principios de oficialidad y legalidad rigen como deberían regir” FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, ob, cit, pp. 21 y 22.

conducta<sup>213</sup> no es posible arribar a ningún juicio ni conceptualización penal que sobre la misma se intente.

En esa medida, si *lo característico y esencial del delito es la conducta humana*<sup>214</sup>, sin dificultad se comprende que sobre la conducta objeto de valoración, se pueden emitir juicios como conceptos que correspondan a contenidos de realidad material y verdad material, o a contenidos de errores materiales, que para el caso de éstos últimos, traducen errores sustanciales.

---

<sup>213</sup> "Cualquiera sea el concepto de acción que se adopte, su función negativa o limitadora depende de que se mantenga su núcleo como expresión o manifestación de la voluntad real del individuo en el mundo externo (que es a la vez físico y social). Un proceso de "renormativización" como el propuesto por JAKOBS en el sentido radical de "desontologizar" la acción y la lesión y "des-psicologizar" el dolo, la culpa y la culpabilidad, desemboca en un normativismo puro o extremo en que de nuevo el poder del legislador no encuentra apoyo ni límite para crear imputaciones criminales. Si el sustrato de la acción se desdibuja, es el piso de la teoría del delito lo que se esfuma bajo los pies y todo queda sometido al "omnímodo" poder del legislador, es decir, de los tipos legales, lo que sin duda hoy representa un peligroso y temible retorno a lo peor del positivismo jurídico y del formalismo positivista de los neokantianos". JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental 1*, Tercera Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 199, 200 y 201.

<sup>214</sup> "La acción o conducta, entendida como género de la especie delito, en el marco de un derecho penal reductor, debe ser un concepto idóneo para satisfacer el requerimiento de una clara función política: dado que es de elemental racionalidad que cualquier pretensión de ejercicio del poder punitivo se asiente sobre la acción de una persona, su función será la de bloquear todo intento de desconocimiento de este nivel primario de republicanismo penal (*nullum crimen sine conducta*). La historia y realidad del ejercicio del poder punitivo demuestran que éste siempre pugna por recaer sobre personas seleccionadas en atención a ciertos estereotipos históricamente condicionados, conforme a su naturaleza sustancialmente discriminante. Dado que esta selectividad fundada en mitos, prejuicios y chivos expiatorios es inevitable, no basta con descartar la punición de *no acciones* como obvia o elementalísima, sino que es preciso construir un concepto jurídico penal de acción, que sea anterior al análisis de la tipicidad (*pretípico*) como válvula de seguridad del *nullum crimen sine lege* en la forma de *nullum crimen sine conducta*, a modo de contención del impulso selectivo personal del poder punitivo". EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho penal*, Parte General, EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 381.

A su vez, tratándose de los extremos y contenidos de verdad o error referidos a la lógica jurídica formal, hemos de afirmar, que:

La verdad sustancial y el error sustancial referidos a la lógica formal implican que cualquier juicio de derecho y en derecho o concepto penal sustancial que sobre la conducta objeto de interés penal se intente atribuir: No se puede efectuar desconociendo ninguno de los elementos estructurales que integran las categorías normativas que se apliquen al caso concreto.

Lo anterior, en unidad inescindible con los límites y alcances que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte haya fijado a la ley sustancial, a las categorías sustanciales (tipos objetivos, modalidades de autoría o participación, tipos subjetivos, agravantes, atenuantes, etc.) de que se haya ocupado a través de variación o unificación de jurisprudencia, todo ello, bajo el entendido que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte posee valor normativo<sup>215</sup>, valga decir, la ley sustancial y la jurisprudencia

---

<sup>215</sup> *El valor normativo de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y la igualdad:*

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”.

“Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto

---

de derecho, se repute probable. Sin embargo, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema.

“El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley –entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico- y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad –como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces”.

“Si se aceptara la plena autonomía de los jueces para interpretar y aplicar la ley a partir –únicamente- de su entendimiento individual del texto, se estaría reduciendo la garantía de la igualdad ante la ley a una mera igualdad formal, ignorando del todo que la Constitución consagra –además- las garantías de la igualdad de trato y protección por parte de todas las autoridades del Estado, incluidos los jueces. Por el contrario, una interpretación de la autonomía judicial que resulte armónica con la igualdad frente a la ley y con la igualdad de trato por parte de las autoridades, la concibe como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces realizar la igualdad material mediante la ponderación de un amplio espectro de elementos tanto fácticos como jurídicos”(…).

El valor normativo formal de la doctrina judicial es una consecuencia de la seguridad jurídica y de la confianza legítima en la administración de justicia, cuya garantía resulta indispensable para el ejercicio de las libertades individuales (...)

“Esta Corporación se refirió al papel que cumple la unificación de la jurisprudencia para darle unidad al ordenamiento jurídico. Al declarar la exequibilidad de la contradicción de la jurisprudencia como causal del recurso de súplica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo hizo explícita la similitud entre éste y el recurso de casación. Al respecto dijo:

“Pues bien, ¿cómo se logra entonces la unidad de un ordenamiento jurídico

“La respuesta es clara. Mediante la unificación de la jurisprudencia.

“En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país.

“Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia.

---

“Así lo ha establecido la Sala Plena de la Corte Constitucional a propósito de la unificación de la jurisprudencia de la acción de tutela, cuando afirmó:

“Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución.

“Por otra parte, la uniformidad no es un fin despreciable. Ella busca garantizar los siguientes altos objetivos:

- 1) Asegurar la efectividad de los derechos y colabora así en la realización de la justicia material -art. 2º CP-
- 2) Procurar exactitud.
- 3) Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces -art- 83 CP-.
- 4) Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad.
- 5) Permitir estabilidad.
- 6) Otorgar seguridad jurídica materialmente justa.
- 7) Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales.

“El recurso de casación -arts. 365 CPC, 218 CPP y 86 CPT- y la súplica -art. 130 CCA-, bien que distintos, se establecieron con el mismo objetivo: unificar la jurisprudencia.” Sentencia C-104/93 (M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

“En efecto, corresponde a los jueces, y particularmente a la Corte Suprema, como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia nacional, interpretar el ordenamiento jurídico. En esa medida, la labor creadora de este máximo tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento. Sin embargo, esta labor no es cognitiva sino constructiva, estos principios y reglas no son inmanentes al ordenamiento, ni son descubiertos por el juez, sino que, como fuentes materiales, son un producto social creado judicialmente, necesario para permitir que el sistema jurídico sirva su propósito como elemento regulador y transformador de la realidad social”.

“Con todo, para cumplir su propósito como elemento de regulación y transformación social, la creación judicial de derecho debe contar también con la suficiente flexibilidad para adecuarse a realidades y necesidades sociales cambiantes. Por lo tanto, no se puede dar a la doctrina judicial un carácter tan obligatorio que con ello se sacrifiquen otros valores y principios constitucionalmente protegidos, o que petrifique el derecho hasta el punto de impedirle responder a las necesidades sociales. Esto lleva necesariamente a la pregunta acerca de cuándo tienen fuerza normativa las decisiones de la Corte Suprema”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-836/01.

referida a aspectos sustanciales conforman una unidad inescindible<sup>216</sup>, esto es, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte posee fuerza

---

<sup>216</sup> “De manera respetuosa acudo a consignar las razones que me llevaron a apartarme de la decisión mayoritaria, que son las que siguen:

1.- La jurisprudencia tiene que ser dinámica, evolutiva, en la búsqueda de actualizar el derecho positivo a las nuevas realidades del desarrollo social, avances que en la práctica son el motor que origina nuevas leyes al dejar en evidencia la desuetud de las vigentes.

“El conservatismo inevitable de la educación legal formal y del proceso de seleccionar abogados como funcionarios judiciales y administrativos agrega una mayor presión centrípeta... La dinámica de la interpretación se reviste al mismo tiempo que promueve la convergencia, y las fuerzas centrífugas poseen una fuerza particular allí donde la comunidad profesional se separa del resto sobre la cuestión de la justicia... Ciertas soluciones interpretativas, incluyendo los puntos de vista sobre la naturaleza y la fuerza de la legislación y del precedente, son muy populares durante una época, y su popularidad, ayudada por la inercia intelectual normal, alienta a los jueces para que las adopten para todo propósito práctico. Son los paradigmas y cuasi-paradigmas de su época”.

En la primera forma de Estado de Derecho, el Liberal, que surgió a raíz de la Revolución francesa y su documento fundacional y emblemático, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), cuna de los derechos humanos de primera generación (civiles y políticos) con el valor supremo de la libertad, el juez -a decir de MONTESQUIEU- no era más que “la boca que pronuncia las palabras de la Ley”.

Ese fue el soporte de una de sus características primordiales llamada legalismo, mero juicio de subsunción o silogismo de la justicia, que tiene como premisa mayor la disposición legal; como premisa menor, el hecho analizado; y, como conclusión, la correlación hecho-norma con exclusión de cualquier otro elemento. Tiene origen en el positivismo jurídico que señala al funcionario judicial como solo ejecutante de la voluntad del legislador sin posibilidad de realizar la justicia por fuera de ella o de distinguir entre consecuencias justas e injustas de la decisión.

El sistema era algo cerrado y acabado por el legislador, único legitimado para modificarlo; es máximo el apego a la Ley, así sea injusta, pues no hay espacio para decisiones en equidad ni para atemperar una norma, y su respeto aunque solo sea en el aspecto formal, es riguroso.

Ese Estado Legislativo de Derecho ha sido superado por el Estado Constitucional de Derecho, en el que se pretende una correspondencia total entre el Derecho, la Ley y la Justicia, y se proclama la autonomía e independencia del juez sobre los soportes de la Constitución y la Ley, y sólo limitado por los imperativos categóricos de la racionalidad y la razonabilidad, y en donde:

sustancial vinculante y se integra al postulado de imperio de la ley, al punto que cuando mediante pronunciamiento judicial favorable la Corte haya cambiado de manera favorable el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, ello da espacio conforme al artículo 192.7<sup>217</sup> de la ley 906 de 2004 a la acción de revisión.

---

“La ley no se justifica por sí misma sino que debe ofrecer respuestas intersubjetivamente válidas para que sea acatada, pues la simple imposición forzada resulta insuficiente y la hace inválida por ilegítima, además que su validez ya no se sustenta en la simple verificación funcional formal integrada a la pirámide de Kelsen, sino en la confrontación de su contenido con los principios y valores y en particular con los derechos esenciales del individuo”.

Es la llamada jurisprudencia de principios que dota a los jueces de medios valorativos para contextualizar cada caso puesto a su disposición y dar respuestas, quienes deben completar el alcance de la norma e inclusive corregirla:

“El verdadero Derecho no es el que formula el Estado sino el que la sociedad practica, vive y actúa, y el que el juez define en sus sentencias. Ninguna ley hoy puede ser útil sin el concurso de los hombres llamados a aplicarla, y de ahí que el derecho por excelencia sea el derecho judicial. El legislador es una especie de juez anticipado, mientras que el juez es legislador viviente a través del rosario silencioso y cotidiano de la pequeña justicia de cada día. Son ellos quienes defienden la ley pero al propio tiempo quienes la humanizan, influidos por su sensibilidad. No modifican las leyes sino que las atemperan con humanismo, y por eso la sentencia, más que un silogismo o un cálculo matemático, es un juicio de valor”.

Así las cosas, ley y jurisprudencia forman una unidad dialéctica inescindible que las ubica en un plano de igualdad en el sistema de fuentes nacional (art. 230 Const. Pol.), y por eso, efectos como el de la favorabilidad en la sucesión de leyes en el tiempo, también debe regir en la sucesión de jurisprudencias, como en este caso, el de la jurisprudencia intermedia favorable. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Salvamento de voto* del Magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS, a la *Sentencia* del 7 de septiembre de 2005, M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA, Radicado 23.872.

<sup>217</sup> Ley 906 de 2004, artículo 192. “La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: (...) 7º. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.



En otras palabras, es dable comprender que: *“todo intento de definir el delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral”*<sup>218</sup>.

En esa medida, todo intento de valoración de una conducta al margen de los extremos formales y sustanciales previstos como reserva legal, y al margen de los límites y alcances sustanciales fijados por la jurisprudencia variada o unificada, referida a la ley sustancial, traduce situarse por fuera de lo jurídico penal sustancial, para efectuar postulaciones religiosas o morales que en últimas arriban a errores de juicio sustanciales.

En efecto, si lo que se valora en derecho penal es la inequívoca correspondencia o no de una conducta a una descripción legal integrada por elementos típicos objetivos, subjetivos o normativos, además, adecuación antijurídica y culpable, se comprende que sobre esos requerimientos formales y sustanciales referidos a lo particular y singular de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se pueden llegar a emitir juicios como conceptos que correspondan a contenidos de verdad sustancial o error sustancial.

Como se advierte, en derecho penal los contenidos de la *verdad sustancial* dicen relación con la unidad y correspondencia<sup>219</sup> de los extremos lógico

---

<sup>218</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1990, p. 1.

<sup>219</sup> “(...) “Por tanto, una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y solo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido” (...)

“Esta definición de la verdad procesal, aparentemente trivial, constituye una redefinición parcial –en referencia a la jurisdicción penal– de la noción de la verdad como *correspondencia*, que como se ha visto está también en la base de las doctrinas ilustradas de la jurisdicción como *verificación del hecho* y *boca de la ley*. A diferencia de tales doctrinas –al igual que, mas en general, de las epistemologías realistas vulgares–, la redefinición tarskiana no se compromete sin embargo en el asunto metafísico de la existencia de una correspondencia ontológica entre las tesis de las que se predica la verdad y la realidad de la que ellas hablan, sino que se

formales con los lógicos materiales de la conducta humana, y los contenidos del *error sustancial* dicen relación con exclusiones, contradicciones o ausencia de correspondencia entre los contenidos de la lógica formal y los de la lógica material dada en la conducta humana.

Para el caso de la dogmática penal, la *teoría de la verdad sustancial como correspondencia* adquiere mayor concreción en el concepto de *adecuación típica*.

En efecto, se trata de una totalidad sustancial concreto-relativa en cuyos contenidos se integran, de una parte, *el tipo penal* como extremo sustancial descriptivo, y de otra, *la conducta humana objetiva y subjetiva*, la cual a efecto de *adecuarse típicamente*, deberá proyectarse en correspondencia con los extremos descriptivos que integran el tipo penal y, además a efecto de valorarse como injusto penal deberá adecuarse como conducta antijurídica y culpable.

Hablar de la adecuación de una conducta humana al concepto unitario de delito, significa verificar su correspondencia como totalidad sustancial concreto-relativa a los extremos del injusto penal de que se trate. Se trata

---

limita a dilucidar de manera unívoca y precisa el significado del término *verdad* como predicado metalingüístico de un enunciado. No es, en suma, una definición real, sino una definición nominal. Es esta una precisión esencial, que en apartado 5.2 permitirá esclarecer la diferencia entre la teoría de la verdad como *correspondencia*, que es una teoría objetiva del *significado* del término *verdadero*, y otras teorías a propósito de la verdad, como la teoría de la *coherencia* y la de la *aceptabilidad justificada*, que a mi modo de ver son en cambio teorías subjetivas de los *criterios* de la verdad" (...)

"Una vez establecido que el término *verdadero* puede ser empleado sin implicaciones metafísicas en el sentido de *correspondencia*, es en realidad posible hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos *verdadero* y *falso* para designar la conformidad o disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquellos" LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. p. 49.

de proyecciones de adecuación en donde la *teoría de la verdad como correspondencia* referida a la verdad jurídica, adquiere su mayor aplicabilidad y concreción.

En los objetos de saber del derecho penal, los contenidos *de verdad sustancial y error sustancial* se producen en punto de *la verdad fáctica y verdad jurídica*<sup>220</sup>, esto es, giran alrededor de conductas (sobre las que se erigen las imputaciones fácticas) y razones de derecho (sobre las que se atribuye la imputación jurídica). Es decir, se trata de sustancialidades que se aplican en debida forma, se dejan de aplicar, se aplican en forma indebida o aplican tras su interpretación errónea.

---

<sup>220</sup> “La concepción semántica de la verdad procesal como *correspondencia. Verdad fáctica y verdad jurídica*. Mi intento de rehabilitar el concepto de verdad procesal en el plano epistemológico arrancará ante todo del análisis del significado del predicado *verdadero* asociado, en la medida en que es asociable, a las proposiciones que motivan un pronunciamiento judicial. A tal fin, consideraré solamente la jurisdicción penal, donde el nexo exigido por el principio de estricta legalidad entre la *validez* de la decisión y la *verdad* de la motivación es más fuerte que en cualquier otro tipo de actividad judicial”.

“Suponiendo abstractamente que tal principio resulte satisfecho, lo que un juez penal comprueba y declara como *verdadero*, es decir, el tipo de proposición de la que es predicable la verdad procesal, es que TICIO ha (o no ha) cometido culpablemente tal hecho denotado por la ley como delito. Esta proposición puede ser descompuesta a su vez en dos proposiciones (o juicios): una *fáctica o de hecho* y la otra *jurídica o de derecho*. La primera es que TICIO ha cometido culpablemente tal hecho (por ejemplo, ha ocasionado culpablemente a CAYO una herida curada en dos meses); la segunda es que *tal hecho* está denotado por la ley como delito. Ambas proposiciones se llamarán *asertivas, empíricas o cognoscitivas* en el sentido de que (y en la medida en que) es predicable su verdad o su falsedad (esto es, son verificables o refutables) conforme a la investigación empírica. Precisamente, la verdad de la primera es una *verdad fáctica* en cuanto que es comprobable a través de la prueba del acaecimiento del hecho y de su imputación al sujeto inculcado; la verdad de la segunda es una *verdad jurídica* en cuanto que es comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos que califican al hecho como delito. La comprobación de una de las proposiciones es una *quaestio facti*, resoluble por vía inductiva conforme a los datos probatorios, mientras que la de la otra es una *quaestio iuris* resoluble por vía deductiva conforme al significado de las palabras empleadas por la ley. El análisis del concepto e *verdad procesal* concluye consecuentemente en el de los conceptos ahora indicados de *verdad fáctica y de verdad jurídica*, en los que aquél puede ser descompuesto”. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. p. 48

En otras palabras, desde la dialéctica no de lo absoluto, sino de la totalidad concreta-relativa, significamos que verdad y error se consolidan, de una parte, en lo jurídico descriptivo de que se trate, y de otra, en la conducta humana objeto de investigación y juzgamiento.

En punto de lo descriptivo sustancial en el que se implica el postulado de reserva legal, dígase que los aciertos o desaciertos se advierten en la confrontación del respeto o irrespeto, correspondencia o contradicción entre las estructuras reguladoras de la conducta humana previstas como reserva legal, incluidos los límites y alcances fijados por la jurisprudencia variada o unificada de la Sala Penal de la Corte que se integran al postulado de imperio de la ley, y los derechos, principios y garantías fundamentales de incidencia sustancial regentes de lo debido y prevalente sustancial penal.

En esa mirada, esto es, desde una visión acorde con los objetos y fines del Estado constitucional, social y democrático de derecho, podrán observarse descripciones cuyos contenidos se proyectan acordes con derechos, principios y garantías fundamentales de lo debido y prevalente sustancial penal; o en su contrario, advertirse estructuras positivas cuyos extremos se tornen violatorias de esos postulados.

En lo relativo a lo jurídico valorativo, objeto del proceso cognoscitivo<sup>221</sup> *histórico ideográfico*<sup>222</sup> que se realiza en el proceso penal en orden a la

---

<sup>221</sup> “El modelo epistemológico que vamos a adoptar es el *cognoscitivista*. Entendemos por tal aquel modelo según el cual los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario. En otras palabras, la fijación judicial de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye “existencia independiente”. Por ello el concepto de verdad requerido por el modelo es el *semántico de la correspondencia* y el *principal criterio de verdad el de la contrastación empírica*” (...)

materialización de la prevalencia del derecho sustancial que corresponda, hemos de afirmar lo siguiente:

Se trata de una dialéctica en la cual se integran juicios y conceptos referidos a la conducta objeto de conocimiento, de valoraciones que se efectúan acerca de la inequívoca adecuación o no de la conducta a un injusto penal en orden a la declaración de absolución o condena, valga decir, de ejercicios en los que se implican razones de conducta y razones de derecho que se traducen en juicios de conducta y juicios de derecho<sup>223</sup>,

---

*"La adopción de un paradigma epistemológico cognoscitivistista de la fijación de los hechos no es arbitraria. A nuestro entender, un modelo cognoscitivistista no sólo viene impuesto por posiciones epistemológicas de índole más general que consideramos correctas, sino que además es "útil" como herramienta para analizar y evaluar la fijación judicial de los hechos; más aún resulta más útil que otros modelos alternativos (por ejemplo modelos "constructivistas" o "decisionistas") pues -como después se dirá- es, por un lado, el que mejor se adecua a las instituciones conceptuales de los hablantes y, por otro el más coherente con la finalidad perseguida por los procedimientos probatorios judiciales." (...)*

"Optamos, sin embargo, por el "cognoscitivismismo" porque creemos que cuenta con buenas razones en su favor. En primer lugar, porque es el modelo que se corresponde con posiciones epistemológicas de alcance más general que -como ya se avanzó en el capítulo primero- consideramos correctas. En segundo término, porque el cognoscitivismismo resulta particularmente adecuado para dar cuenta del conocimiento de hechos que se desarrolla en sede judicial, así como para salvaguardar los valores que ese conocimiento debe perseguir en una perspectiva que puede calificarse de ilustrada o, si se prefiere garantista". MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 51, 53 y 65.

<sup>222</sup> Cfr. MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, p. 118.

<sup>223</sup> "El razonamiento judicial que debe efectuar el juzgador para alcanzar una decisión se estructura básicamente en torno a los denominados juicios de hecho y juicio de derecho, y dentro de cada uno de estos razonamientos se producen además diversos juicios individuales" (...)

"En consecuencia, existe un doble juicio, el juicio de hecho, que consiste en un juicio histórico tendente a establecer si un determinado hecho o conjunto de hechos han existido o no con anterioridad al proceso, y por otra parte, el juicio de derecho, que es un juicio de valoración jurídica que tiene lógicamente a concluir si el hecho que históricamente sucedió puede ser calificado como penalmente ilícito y merece la imposición de una pena" (...)

o mejor en imputaciones fácticas e imputaciones jurídicas; extremos en los que residen la unidad y correspondencia, o la exclusión, contradicción o ausencia de correspondencia entre los contenidos de la lógica material y los de la lógica formal.

De acuerdo con la teoría materialista del conocimiento –la cual se diferencia de las teorías consensuales, coherentistas o de aceptabilidades racionales de la verdad-, en lo que corresponde al concepto de verdad sustancial, adoptamos el paradigma epistemológico cognoscitivista, a partir del cual se erige el concepto materialista de verdad como reflejo, sobre el que de manera matizada conforme a los postulados de la epistemología contemporánea se erige la teoría de la verdad como correspondencia<sup>224</sup> y el concepto correspondencial de verdad<sup>225</sup>.

---

“Como afirma DÍEZ PICASO, la constatación de los llamados hechos presupone la utilización de unos criterios que son ya de algún modo valoraciones o que constituyen lo que se ha podido llamar deducciones volitivas. La separación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* no se puede producir casi nunca de una manera rigurosa y absoluta. Al interpretar la *quaestio facti* se está llevando a cabo muchas veces una operación de valoración jurídica, lo mismo que al interpretar las normas no pueden perderse de vista los hechos. La fijación de la *quaestio facti* es siempre la fabricación de una historia, que se hace con la mayor objetividad posible y del modo más impersonal posible, por supuesto, pero de la cual no están nunca ausentes factores ya inicialmente valorativos. Por ello, al fabricarse la historia que se va a decidir, de algún modo se está ya insensible decidiendo, pues la escisión entre los hechos y las normas nunca se produce por completo, y los hechos son tenidos en cuenta desde el punto de vista de las normas”.

“El paso de los hechos al derecho o, por decirlo de otra forma, la subsunción de los hechos al derecho se explica cuando se habla de los *hechos relacionales*; con esta categoría de hechos se quiere evitar la brusquedad de pasar de los hechos al derecho. La solución se encuentra, según la doctrina, en una reformulación de la noción de hecho, y de la relación entre hecho y derecho; la ofrece la lógica de las relaciones. La ley determina los hechos jurídicamente relevantes: o sea, a cuales de entre ellos deben seguir efectos jurídicos”. RAQUEL LÓPEZ JIMÉNEZ, *La prueba en el juicio por jurados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 284 y 285.

<sup>224</sup> Cfr. ALFONSO GARCÍA SUÁREZ, *La teoría de la verdad como correspondencia*, en el libro *Modos de Significar, una introducción temática a la filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 188 y ss.

---

<sup>225</sup> “El concepto correspondencial de verdad, en tanto que implica que un enunciado es verdadero sólo si se adecua a una realidad objetiva o independiente, presupone un cierto realismo epistemológico que se asienta en dos tesis: una “metafísica” y otra “gnoseológica”. La tesis metafísica consiste en presuponer que existe un mundo real, independiente del sujeto cognoscente. La tesis gnoseológica consiste en presuponer que podemos conocer ese mundo real, aunque sea de forma imperfecta” (...)

“La epistemología sobre la que descansa el modelo cognoscitivista postula un realismo mínimo, y por tanto concibe el conocimiento de los hechos como la relación entre el sujeto cognoscente y mundo real que permite calificar los resultados del conocimiento como verdaderos o falsos, dependiendo de que los acontecimientos que describen hayan sucedido o no” (...)

“Por lo que se refiere a la segunda cuestión, creo que en el plano de la fijación judicial de los hechos, el cognoscitivismo resulta particularmente adecuado desde un punto de vista conceptual, práctico y valorativo”.

“Resulta conceptualmente adecuado porque el *concepto de verdad como correspondencia*, a diferencia de lo que ocurre con otros conceptos de verdad, es el que más se adecua a las instituciones de los hablantes y, por supuesto, también a las de quienes participan de un modo u otro en el procedimiento judicial” (...)

*“La verdad como coherencia no nos proporciona información sobre la existencia de los estados de las cosas de que hablan los enunciados que se dicen verdaderos, sino que sólo nos informan de la coherencia de esos enunciados con otros. Y la verdad como aceptabilidad justificada sólo nos informa de que existen razones que justifican aceptar un enunciado. Lo cual no impide, como enseguida se dirá, que tanto la teoría de la coherencia como la de la aceptación pueden servir como “criterios” adicionales de verdad”.*

Y agrega: “El modelo cognoscitivista resulta, por último, valorativamente adecuado por dos razones, ambas señaladas por FERRAJOLI. Ante todo, *porque los conceptos de coherencia y aceptabilidad justificada propios de otros modelos alternativos, son inaceptables en la jurisdicción: para justificar las decisiones judiciales no es suficiente que “satisfagan” o “tengan éxito” o que sean “aceptadas” ni siquiera unánimemente, sino que es necesario que sus presupuestos fácticos sean verdaderos en el sentido de la correspondencia con los hechos. Y, en segundo término, porque la concepción de la verdad como correspondencia es la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática, pues, a diferencia de las concepciones alternativas que no permiten pensar, que una hipótesis coherente o cuya aceptación esté justificada sea falsa, esta permite pensarlo; y en concreto <permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles”.* MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, pp., 54, 66, 67 y 68.

Es un hecho claro que al interior del proceso de conocimiento de que trata el debido proceso penal en punto de valoraciones sustanciales, interactúan soportes (razones) fácticos que otorgan fundamento a las imputaciones fácticas, y a su vez dan soporte a argumentos (razones) de derecho que se traducen en imputaciones jurídicas.

Si como es cierto que en los contenidos del concepto jurídico sustancial penal se intra-afectan razones fácticas y razones jurídicas, se infiere que a partir de esa unidad es de donde surgen las valoraciones correspondentistas de verdad fáctica y verdad jurídica, y que a partir de la exclusión, contradicción y ausencia de correspondencia entre aquellas, es de donde surgen y erigen los errores fácticos y jurídicos.

### **1.- De la verdad jurídica, la teoría del conocimiento y las teorías de la argumentación jurídica – en el proceso penal.-**

A manera de síntesis sin detenernos en las indistintas teorías de la verdad jurídica que se han construido conforme a las teorías de la acción comunicativa, teorías de la discursividad y teorías de la argumentación jurídica (PERELMAN<sup>226</sup>, OLBRECHT TYTECA, TOULMIN<sup>227</sup>, MAC CORMIK<sup>228</sup>, ALEXI<sup>229</sup>, ATIENZA<sup>230</sup>, entre otros), (ejercicios rigurosos de estudio y análisis de las mismas que entrañarían un trabajo *extenso*, en especial), hemos de afirmar lo siguiente:

---

<sup>226</sup> Cfr. MANUEL ATIENZA, *Las razones del derecho*, Teorías de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 67.

<sup>227</sup> Cfr. MANUEL ATIENZA, *Las razones del derecho*, ob, cit, pp. 103 y 104.

<sup>228</sup> Cfr. MANUEL ATIENZA, *Las Razones del derecho*, ob, cit, pp. 133 y 134.

<sup>229</sup> Cfr. MANUEL ATIENZA, *Las Razones del derecho*, ob, cit, pp. 177 y 178.

<sup>230</sup> Cfr. MANUEL ATIENZA, *Las Razones del derecho*, ob, cit, pp. 135 a 252.



Consideramos que unos son los alcances y contenidos de la *teoría materialista del conocimiento*, y otros los de las *teorías de la argumentación jurídica*. Estas últimas vistas en forma separada y conjunto, entendidas como ejercicios retóricos, de logicidades, discursivos o argumentativos, son dables ubicarlas en los denominados *contextos de justificación de los argumentos*<sup>231</sup>.

En igual sentido, consideramos que así como entre los contenidos de la lógica formal y lógica material no se deben efectuar exclusiones, sino complementariedades; en esa medida, se deben observar los ámbitos de la *teoría del conocimiento* y los de las *teorías de la argumentación jurídica de cara a la verdad jurídica*.

---

<sup>231</sup> Cfr. MANUEL ATIENZA, *Las Razones del derecho*, ob, cit, pp. 22 y 24;

“La perspectiva desde la que se abordará el estudio de la fijación judicial de los hechos no es la de la simple descripción de las prácticas forenses o de las construcciones dogmáticas, aunque tampoco su sola valoración o la propuesta de otras nuevas. La perspectiva que adoptaremos es distinta y recoge aspectos de las dos anteriores: se intentará esbozar un *modelo* de fijación judicial de los hechos desde el que poder, de un lado, describir o dar cuenta de los procedimientos normativos existentes y de la praxis de fijación de los hechos; pero también, de otro lado, evaluar esos procedimientos y prácticas y avanzar Ens. Caso, propuestas normativas. En realidad, esta doble función que atribuimos al modelo no es un dato particularmente llamativo, pues el término modelo en sí mismo es en sí mismo ambiguo y – entre otras cosas—designa tanto el esquema teórico que sirve para representar de manera mas simple realidades que en la práctica son complejas (*función descriptiva*) cuanto el parámetro que permite “medir” precisamente desde el punto de vista del modelo – esas realidades (*función normativa*)”.

“Por otra parte, cada una de estas funciones (descriptiva y normativa) puede proyectarse tanto en el llamado *contexto de descubrimiento de los hechos cuanto en el contexto de justificación*. Así, con referencia a la función descriptiva, una cosa es describir el descubrimiento (*decir cómo se conocen, de hecho los hechos*) y otra describir la justificación (*decir cómo se justifican de hecho, los hechos*); y con referencia a la función normativa, una cosa es prescribir el descubrimiento (*decir como deben conocerse los hechos*) y otra la justificación (*decir como deben justificarse los hechos*)” MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 49 y 50.

Lo anterior, significa que sus aprehensiones, operatividades teóricas y prácticas deberán tratarse no como disciplinas excluyentes, en la que cada una por separado pretenda superar, descartar o sepultar a la otra, sino como dos quehaceres que transitan aparejados en expresiones de complementariedad dialéctica.

Sentamos las anteriores reflexiones habida razón que los pragmático-jurídicos<sup>232</sup>, cultores del neo-idealismo- lógico formal, neo idealismo-

---

<sup>232</sup> "Teorías *pragmatistas de la verdad*: "La verdad de un enunciado se concibe en términos de "aceptabilidad justificada". Un enunciado es verdadero si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin (versión "instrumentalista") o porque es aceptado (versión "consensualista"). En suma, un enunciado no está justificado porque sea verdadero, sino que es verdadero, porque está justificado; o más exactamente, porque el criterio para aceptarlo como verdadero (el criterio de verificación) está justificado" (...)

"En efecto, tanto las teorías coherentistas de la verdad como las pragmatistas impugnan mayoritariamente los postulados del realismo epistemológico. Si dejamos a un lado aquellos casos en que estas teorías sean el resultado de asumir *principios idealistas o antirrealistas*, parece evidente que el surgimiento de las mismas ha tenido su origen en concretos problemas epistemológicos, sobre todo en el ámbito científico; en particular, en la constatación de que ningún enunciado empírico, ni siquiera protocolar u observacional, es incorregible. Esta idea (consecuencia de la tesis pospositivista de la carga teórica de la observación) condujo al abandono del realismo y de la teoría de la verdad como correspondencia: si ni siquiera podemos confiar en la incorregibilidad de los enunciados de percepción, es obvio que la verdad habrá de obtenerse de otra manera, por coherencia, por consenso, por utilidad o simplicidad" (...)

"Por su parte, las *teorías pragmatistas de la verdad*, que fueron elaboradas principalmente por PIERCE, JAMES Y DEWEY, pero entre las que también podrían incluirse las concepciones de la verdad de KUHN, HABERMAS O PUTNAM, operan una asimilación entre la verdad de un enunciado y su justificación o los criterios para aceptarla; y en esto se apartan de las teorías de la correspondencia, que, asentadas en el realismo, separan por completo ambas cuestiones. La tesis básica de la *máxima pragmatista -fundamentalmente del pragmatismo norteamericano inaugurado por PIERCE-* es que el significado de un concepto es una función de sus consecuencias "pragmáticas" o "experimentales"; por ello, con relación al concepto de verdad, la idea que es "útil" o que "satisface", <la que funciona en la práctica, es la verdadera; y la verdad es un sustantivo abstracto que se aplica a la serie de casos, actuales, previstos y deseados, que se ven confirmados en sus obras y en sus consecuencias. Esto no significa que cualquier idea o creencia que "funcione" sea aceptable como verdadera, pues para ello es necesario tener también en cuenta la experiencia pasada y, sobre todo su "verificabilidad". De ahí la idea de

comunicacional, neo idealismo consensual, o neo idealismo parlativo, esto es, los seguidores de las diferentes metodologías de la denominada Nueva Retórica del Siglo XX y XXI, a través de facturaciones sistémicas, ideológicas y funcionalistas se han dado a la tarea de abandonar y renunciar al realismo epistemológico y cognoscitivista.

En efecto, pareciera como si sus cosmovisiones se hubieran orientado hacia esfuerzos no develados, sino abiertos, en sentido de dejar de lado, negar y sepultar a la teoría del conocimiento, de la que incluso se oyen voces de su anacronismo.

Así mismo, pareciera como si la apuesta de cara a la verdad general y verdad jurídica sustancial, se hubiera dirigido hacia construcciones de verdad no propiamente objetivas, sino hacia construcciones subjetivas e idealistas.

En efecto, los constructivismos y teorías de la verdad jurídica como meras logicidades hoy se pasean por la literatura en los exclusivos planos de lo funcional, comunicacional y ejercicios de argumentación jurídica. Se trata de técnicas o metodologías que en forma inequívoca se pueden ubicar al interior de los universos retóricos de los procesos de las logicidades.

---

PIERCE de que la verdad es al final de la investigación aquello en lo que concordarán o concordarían, quienes usan el método científico si persistiesen el tiempo suficiente, y el objeto representado por esa opinión es lo real. Ahora bien – afirma JAMES, llevando así el pragmatismo a extremos “relativistas” con que después se ha difundido -- , entretanto no se fija, a través del método científico, una creencia “estable”, y puesto que la información de que se puede disponer en un tiempo puede resultar insuficiente para decidir entre creencias que compiten, la elección entre ellas puede depender de razones como el consenso o aceptación de la comunidad, la simplicidad o la elegancia. *En suma, desde la perspectiva pragmatista se llegó a un concepto “relativista” de verdad: la verdad consiste en la aceptabilidad justificada; un enunciado es verdadero si está justificada su aceptación, lo que puede tener lugar por su simplicidad, su utilidad o el reconocimiento de su verdad por parte de la comunidad de los hablantes*. MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, pp. 54, 59 y 60.

En igual sentido, consideramos que la pretensión de abandonar el realismo epistemológico y renegar de la teoría del conocimiento, antes que traducir una renuncia al materialismo dialéctico, lo que en últimas traduce es un abandono u ocultamiento de la realidad objetiva, verdad objetiva y dialécticas del reflejo de lo *concreto sensible* y de lo *concreto del pensamiento*.

Parodiando a FERRAJOLI, nos atrevemos a afirmar que *des-realizar y des-ontologizar* la verdad en el conocimiento y el conocimiento verdadero de cara a los objetos de que trata el debido proceso penal, a través de las *teorías de la verdad jurídica como logicidad: teorías consensualistas de la verdad jurídica; teorías silogístico-constructivistas de la verdad jurídica; teorías de los contextos de justificación internos y externos de la verdad jurídica; o a través de la teoría de los argumentos, clasificados y multi-clasificados (de enlace o asociación, argumentos cuasi lógicos, matemáticos, argumentos basados en la estructura de lo real, argumentos de enlaces de coexistencia, y argumentos que fundan la estructura de lo real<sup>233</sup>)*, para el caso sí constituye una ingenuidad epistemológica viciada de realismo metafísico en puntos de lo exclusivamente comunicacional y lo simplemente argumentacionista.

En palabras directas queremos significar que abandonar el realismo epistemológico general y especial hacia las conductas-objetos de conocimiento del proceso penal, para dar paso a los denominados realismos disminuidos, retóricos, discursivos o argumentativos, equivale a negar al mundo material en sus expresiones esenciales y fenomenológicas que dicen relación con los universos naturales y sociales, los cuales de forma objetiva e independiente de la voluntad del hombre, *ahí han*

---

<sup>233</sup> Cfr. MANUEL ATIENZA, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 74.

*estado, ahí estarán y ahí seguirán esperando al hombre para que los descubra y aprehenda conforme a indistintos objetos de conocimiento científico y áreas de saber, entre las que se encuentran las disciplinas del derecho penal y debido proceso penal.*

Es cierto, y de ello da cuenta el materialismo dialéctico, que tras lo concreto sensible y sus reflejos hacia lo concreto del pensamiento, este adquiere su mayor concreción en el lenguaje y en la comunicación o acciones comunicativas, las cuales de maneras variadas e indistintas como formas simbólicas, lingüísticas o práctico hablantes han acompañado al hombre y lo seguirán acompañando hasta el final de los tiempos.

Pero también, es cierto que la verdad en el conocimiento y el conocimiento verdadero de cara a la verdad del debido proceso penal no se puede reducir de manera exclusiva a las acciones comunicativas, discursivas o argumentativas del lenguaje. Estas hacen parte del proceso de conocimiento como procesos de logicidad, formas y expresiones del pensar, pero como procesos de logicidad en sí no resuelven por sí solos el conocimiento, la verdad en el conocimiento, ni el conocimiento verdadero.

En esa medida, efectuar constructivismo de la verdad jurídica en el proceso penal a partir de las *teorías de la verdad como logicidad*, es decir, conforme a las denominadas *teoría de la verdad como coherencia*, *teoría de la verdad como consenso*<sup>234</sup>, *teoría de la verdad entendida como*

---

<sup>234</sup> “La exigencia de que el proceso penal se adecue a las ideas de “comprensión” y de “comunicación”, de que el Tribunal baje de su pedestal y discuta y delibere de igual a igual junto a los demás participantes en el proceso, son exigencias que no sólo se corresponden con la tradición europea que viene desde el Siglo XVIII, sino que también se alimentan de una fuente moderna: *la doctrina del discurso libre de dominación*, elaborada por la teoría crítica de la Escuela de Franfort. Dicha doctrina toma como punto de partida la idea *de que de la observación no sale la verdad. No existe una teoría de la correspondencia sobre la verdad como ha estimado la ontología clásica y la teoría del conocimiento*, en el entendido de que la verdad era

---

la correspondencia correcta entre objeto y sujeto del conocimiento: *adeequatio rei et intellectus*"

"Como hemos visto, los objetos no existen al margen del modo en que los percibimos y nuestras idas sobre los mismos. Por ello para constatar la verdad del conocimiento no basta confrontar las afirmaciones con los objetos y, *en consecuencia, la teoría de la correspondencia se revela una ingenuidad*. Lo correcto es la "teoría del consenso" sobre la verdad"

"Con lo expuesto se derrumba un pilar sobre el que se apoyaba no sólo buena parte de la tradición de la teoría del conocimiento, sino también numerosas concepciones "obvias" de nuestra vida cotidiana. Con muchos objetos actuamos deícticamente (demostrativamente): los observamos, conocemos en sus dimensiones, sabemos con certeza cuando es incorrecta o es una barbaridad, una percepción o una afirmación, por ejemplo, sobre el tiempo o sobre la distancia entre Franfort y Alicante. En tal caso decimos: piénsatelo otra vez, mídelo, pregunta a quien pueda saberlo, míralo en una enciclopedia. Todo ello nos induce a abandonar la teoría de la correspondencia: el que las percepciones y las afirmaciones pueden contener y describir "correcta" o "incorrectamente" el objeto y que en caso de necesidad hay incluso un conocimiento "correcto" acumulado sobre los objetos"

"Si se quisiera discutir sobre lo anterior habría que formular la mas importante de las preguntas, la de si existe un mundo exterior o si, por el contrario, lo que ocurre es que las personas se han puesto de acuerdo y han llegado a consensuar que efectivamente existe y que aparece aproximadamente tal como es. Pues lo que a nosotros nos ocupa no es el paso del tiempo o un viaje a España sino el proceso penal y las posibilidades y formas de la comprensión escénica. Y estos no son en todo caso fenómenos demostrativos, ni los objetos de la comprensión en el proceso penal son solamente el clima o las distancias, sino también las intenciones del sujeto, la credibilidad del testigo o los antecedentes del autor. Pero esto resulta mas apropiado analizar con mayor atención la teoría del consenso en la búsqueda de respuestas sobre sus posibles conclusiones respecto del proceso penal, la comunicación y la comprensión"

"Si no existe un criterio externo (como por ejemplo, la correspondencia entre objeto y conocimiento) para comprobar la veracidad de afirmaciones y percepciones, pero si, no obstante, queremos referirnos a toda costa a una verdad presupuesta – y no sólo en la vida cotidiana sino también en la actividad científica – sobre la que podemos opinar, discutir, comprobar, rechazar, etc., en ese caso, la verdad podrá ser investigada y comprobada entre los que se ocupan de tales objetos. *La verdad surge así, en el discurso, en diálogo*"

"Pero cualquiera podría argüir que lo dicho no puede ser acertado pues hay discursos cuyos participantes los utilizan precisamente para el encubrimiento y la manipulación, y hay diálogos en lo que sólo uno hace uso de la palabra y los demás son meros oyentes aburridos o asustados y, también, hay discursos en los que algunos no se dignan a admitir que no se entiende el complicado lenguaje de los otros. Todas estas formas de comunicación no pueden garantizar la verdad"

*aceptabilidad y justificación de las razonabilidades, teorías de la argumentación jurídica*, cualquiera fueren estos constructivismos o como se los quiera denominar en sus distintas clasificaciones y reclasificaciones de argumentos, no dejan de ser construcciones idealistas e ideologizadas de la verdad y el conocimiento; teorías todas que sin distingo alguno se ubican en los procesos de logicidad, de los que da cuenta la teoría del conocimiento, pero que como logicidad en sí, no resuelven por sí solas los contenidos de verdad en el conocimiento, ni los contenidos del conocimiento verdadero de que se ocupa el debido proceso penal.

No obstante, que en el proceso de conocimiento es dable identificar por separado, *procesos lógicos, psicológicos y ontológicos*, es preciso subrayar que estos constituyen una unidad inter-actuante. En efecto, los procesos lógicos de razonabilidades, los procesos psicológicos, ni los procesos ontológicos por si solos, resuelven el problema del conocimiento<sup>235</sup>.

---

"Pero tales modalidades de comunicación no son aquellas a las que se refiere la teoría del consenso. *Esta habla de una modalidad de comunicación ideal, de un discurso libre de dominación, y por ello entiende una comunicación en la que todos los participantes pueden realizarse en la misma medida, en la que todos son igualmente competentes para la comunicación: todos tienen oportunidad de criticar, facultades para hablar y para manifestar sentimientos o deseos. El consenso que se alcanza de este modo sobre los objetos acerca de los que versa la comunicación si garantiza la verdad*"

"Pero ¿cuándo y cómo surge un tal consenso, cuándo y cómo tiene lugar el discurso libre de dominación?: Nunca y en ninguna parte. El discurso libre de dominación de uno respecto de todos sería la sociedad realmente emancipada y hasta ese punto queda todavía un largo camino. Por lo pronto, existen diferentes competencias para la comunicación y razones poderosas para mentir y engañar en el diálogo. Existe el poder y la dominación de algunos ante los que se frustran los deseos y la crítica de los demás. La teoría del discurso libre de dominación tampoco mantiene que tal discurso (ahora o cuando sea) resulte producible pues lo que hace es hablar de una "situación ideal para el diálogo", es decir, de una forma de comunicación que es proyectada, presunta, por lo mismo que la propia verdad, de la cual no disponemos, pero a la que, sin embargo, aspiramos denodadamente" WINFRIED HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 163, 164 y 165.

<sup>235</sup> "Ni la lógica sola ni la sicología sola abarcan el conocimiento. Incluso su concurso no basta, pues se requiere además la contribución de lo óntico, todo ello

Lo anterior, significa que todo proceso de conocimiento de que se trate, incluido el realizado en el proceso penal, no se puede resolver o reducir a las esferas subjetivistas de la convicción unilateral por la simple convicción, ni quedarse en ejercicios de logicidad abstractos, logicidad discursivos o logicidad argumentativos, tampoco se pueden quedar en lo exclusivamente fenomenológico, toda vez que el proceso de conocimiento, insístase, constituye una dialéctica de complejidades inter-actuales<sup>236</sup>.

En la lógica, universo en el cual tienen cabida las acciones lógico comunicativas, lógico discursivas y lógico argumentativas, reside su objeto de estudio en la formación correcta de los procesos lógico aprehensivos, como procesos lógico inferenciales inductivo-deductivos, y para dichos efectos hace uso de categorías que dicen relación con las características generales de los objetos, con el origen categorial de las formas y contenidos del pensamiento de cara a la aprehensión de las imágenes de los objetos por parte de los sujetos cognoscentes.

---

dentro de una disciplina filosófica especial llamada epistemología. La representación del objeto en el sujeto se llama *objetiva porque esa representación concuerda con el objeto*. Por tanto, se dice que esta representación es verdadera. Y solo en cuanto alcanzamos representaciones verdaderas estamos autorizados para hablar estrictamente de conocimiento. Pues la verdad del conocimiento, que acredita la concordancia del pensamiento con el objeto, mas no la concordancia del pensamiento consigo mismo, como estima el idealismo objetivo o lógico, es la meta de la teoría del conocimiento". MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, ob, cit. p. 56.

<sup>236</sup> "Si la teoría del conocimiento tiene que constituirse con aportes y referencias a la psicología, a la lógica y a la ontología, mas no para resolver problemas dentro de éstas, es necesario admitir el carácter multifacético de esta disciplina, pero teniendo en cuenta siempre el cuidado de no incurrir en el frecuente error de confundir los objetos de una de las disciplinas con el objeto de la epistemología, v. gr., confundir el pensamiento como vivencia del sujeto individual, tema propio de la psicología, con el pensamiento como enunciado del sujeto lógico, tema propio de la lógica. O creer que el objeto de conocimiento no va más allá de lo óntico en sentido estricto. Es precisamente el defecto del idealismo subjetivo porque incurre en el llamado "solipsismo" y se aleja de la visión general". MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, ob, cit, p. 60.



La lógica y procesos de razonamiento, justificativos, argumentativos o comunicacionales, hacen parte de todo proceso de conocimiento, incluido el que se ocupa el área de saber del derecho penal y el debido proceso penal en su decurso hacia la verdad jurídica.

Empero, como dinámicas discursivas, justificativas, argumentativas o comunicacionales, etc., por sí solas no resuelven el problema del conocimiento concreto dado en el concepto universal de verdad, ni el que se presenta en el concepto especial de verdad jurídico-penal.

Por el contrario de la lógica general o abstracta, se deberá dar el paso ascensional hacia la lógica aplicada, pero, la lógica aplicada en orden y fin de la verdad jurídico-penal se resuelve en la unidad o correspondencia de los extremos y contenidos de la lógica jurídica formal con los de la lógica material de la acción o conducta humana.

En lo que corresponde al derecho penal y al injusto penal, no se puede olvidar jamás (omitirlo sería necio o sería como *des-antropologizar* y *des-conductar* el delito y el concepto unitario de injusto penal), que:

Los referentes de conocimiento del debido proceso penal dicen relación con la conducta humana comprendida en su totalidad concreto-relativa de expresiones objetivas y subjetivas; acción que como realidad material obedece al principio de ejecutividad o más claramente al postulado y realidad de exterioridad<sup>237</sup> de la acción o la omisión.

En esa perspectiva, los objetos de conocimiento del debido proceso penal se concretan en dicha realidad objetiva, dialéctica que en absoluto es

---

<sup>237</sup> Cfr. MARIO SALAZAR MARÍN, *Autor y partícipe en el injusto penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, pp. 201 y 202; GUILLERMO JULIO FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 537.

diferente a tener como referentes de conocimiento los enunciados discursivos de los hechos o las justificaciones de esos enunciados, para a partir de ese juego de palabras arribar a la construcción discursivista de la verdad penal relativizada, pasando a transformarse la verdad jurídica en las denominadas aceptabilidades justificadas, teorías del consenso de la verdad o teorías de la verdad como logicidad.

Las teorías de la argumentación jurídica como técnicas de argumentación jurídica, discursiva o comunicacional, como métodos formales de logicidad, en sí, constituyen instrumentos de inmensa utilidad en el proceso de conocimiento de que se ocupa el debido proceso penal en orden a la aprehensión de la verdad objetiva en su tránsito reflectivo o de correspondencia hacia el concepto de verdad jurídica, y en punto de sus totalidades concreto-relativas.

La teoría del conocimiento y teorías de la argumentación jurídica de cara al debido proceso penal no pueden observarse en relaciones de exclusión, superación de una a la otra, ni preponderancias exclusivas o excluyentes; todo lo contrario, aquellas habrán de verse en un proceso de intra-afectaciones, valga decir, en relaciones complementarias.

Las teorías de la argumentación jurídica son utilitarias, aplicativas e instrumentales, claro que sí, pero al interior de los imprescindibles procesos de logicidad abstractos en su proceso ascensional hacia los procesos de logicidad concretos.

En otras palabras, las teorías de argumentación jurídica deben estudiarse y aprehenderse al interior de los denominados textos y contextos de la justificación de razonabilidades, sin perder de vista que unas son las características de la teoría del conocimiento, y otras son las de las teorías

de la argumentación jurídica, pero que como tales no pueden suplir, abandonar, ni sepultar la teoría del conocimiento.

Se hace necesario recordar que la realidad objetiva y verdad objetiva no son susceptibles de pasar por el tamiz de los constructivismos pragmatistas de la verdad, toda vez que la verdad objetiva y verdad jurídica, antes que responder a un proceso de constructividad, obedecen al proceso reflectivo o correspondentista, de lo cual se infiere que las teorías de la verdad como logicidad, teorías coherentistas, teorías de consenso y teorías de aceptabilidad justificada de las razones, no dejan de ser constructivismos ideologizados o lógico-formales de la verdad jurídica.

Las teorías de la verdad como logicidad, concretadas en las teorías de la argumentación jurídica, como procesos de logicidad, de coherencias, de aceptabilidad y justificación de razonabilidades, como procesos retóricos discursivos y argumentativos que por esencia son, no obedecen a criterios de verdad ni validez universal como para tornarse suficientes y necesariamente explicativas o constructivas de la verdad jurídica referida por igual a todos los ámbitos de saber de las áreas del derecho.

Queremos significar, que una es la aplicación de las teorías de la argumentación jurídica referidas hacia los ámbitos de saber del derecho constitucional, administrativo e internacional, por no poner sino estos tres ejemplos, y otras son las operatividades de las teorías de la verdad como logicidad referidas a los ámbitos de conocimiento del derecho penal y debido proceso penal; áreas de saber cuyos objetos de conocimiento insoslayables dicen relación con la conducta humana que constituye la esencia del injusto penal.

Si bien es cierto, conforme a las anteriores reflexiones lo que en últimas sale a relucir es una especie de confrontación entre los vientos del

pensamiento epistemológico de la *modernidad* y los de la *potsmodernidad*, referidos al problema de la verdad en general, al problema de la verdad jurídica como particularidad y al problema de la verdad jurídico-penal como singularidad; a ello hemos de afirmar que:

La discusión problemática no es dable abordarla en el plano de *modernidad* versus *pots-modernidad*, toda vez que de efectuarse así, traduciría ubicarse en la inacabada confrontación que se ha presentado entre el idealismo y materialismo o entre la lógica formal y la lógica dialéctico material; extremos y contenidos de estos ámbitos, los cuales no deben observarse en relaciones de exclusión, sino de complementariedad dialéctica<sup>238</sup>.

Así las cosas, antes que tratarse de una confrontación entre idealismo y materialismo, entre lógica formal y lógica material, de lo que aquí se trata, es acogernos en un todo a la dialectísima convocatoria como integración filosófica –mas no ecléctica- que hizo el Profesor MARIO SALAZAR MARÍN<sup>239</sup>, como sería la de visualizar unos instantes maravillosos, como serían los de lograr escuchar a HEGEL (*con sus juicios lógico abstractos*), a MARX Y KOSIK (*con los juicios lógico concretos y reales, dados en el concepto de*

---

<sup>238</sup> “Si la meta de la teoría del conocimiento es la relación verdadera entre el sujeto y el objeto y esta relación es dinámica y dialéctica, es necesario admitir que en el proceso de conocimiento intervienen las fuerzas de lo real y lo ideal, lo empírico y lo racional, en una interrelación constante y recíproca, sin prisa y sin pausa”. MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, ob, cit, p. 70.

<sup>239</sup> “Ello con el fin de introducir al idealismo puro de HEGEL (panlogismo puro), el espacio del hombre y su existencia, para que no sea desde el punto de vista político, como dice KIERKEGAARD, un sistema inerte en el que no quede lugar para el individuo y su experiencia, a fin de que el discurso de lo abstracto esté en cabeza del hombre, pero este, a su vez, con pies en la tierra con el problema de lo concreto, haciendo compatible la idea y la materia a través del juicio sintético “a priori”. Esto con el objetivo de que no sea solo el aspecto lógico del conocimiento el que se imponga, sino que concurren también los aspectos psicológico y ontológico del conocimiento. *Así tendremos a KANT, HEGEL Y MARX en amigable conversación y próximos al acuerdo a través de los juicios sintéticos “a priori”*. MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, ob, cit, p. 336.

*totalidades concreto-relativas*) y a KANT (con los juicios sintéticos “a priori”) dialogando pacíficamente, como filosofando en los techos de los universos conceptuales, enseñándonos eternidades en orden y fin de consolidar sumas filosóficas para beneficio de la humanidad, y como no, para a partir de las mismas, llegar a concebir nuevas y revolucionarias teorías del derecho en general, y a partir de las mismas construir un verdadero y auténtico nuevo derecho penal.

En suma integrada, mas no ecléctica, la teoría del conocimiento y teorías de la argumentación jurídica de cara a la verdad jurídico penal corresponde aprehenderlas en operatividades práctico concretas, esto es, en formas interrelacionadas.

Ello traduce, que no ha lugar a dar el salto anti-dialéctico de caer en ingenuidades epistemológicas viciadas de realismos metafísicos, para proclamar a todos los vientos por el simple ejercicio libertario de pensar, que por arte de magia de lo comunicacional por lo simplemente comunicacional, que por virtud de la magia de lo discursivo por lo simplemente discursivo, que por efectos del ilusionismo de lo razonativo por lo simplemente razonativo, y que por efecto de la magia argumentacional jurídica por lo simplemente argumentacional jurídico; que con las teorías de la argumentación jurídica, cualquiera fuere alguna de ellas, que con las mismas se resuelve por sí sola o solas el problema de la verdad jurídica en el debido proceso penal.

En la verdad jurídica de cara a los objetos de conocimiento del debido proceso penal se implica el concepto de verdad objetiva y contrae la unidad de los contenidos de la lógica jurídico formal con los de la lógica material referida a la conducta humana concreto social e individual.

En esa medida, por muchos esfuerzos sistémicos-funcionalistas postulativos del eficientísimo punitivo (GROSSO GARCÍA)<sup>240</sup> que se intenten por re-definir y re-conceptualizar en contravía de la Constitución

---

<sup>240</sup> “Dicho de otro modo, como quiera que las diferentes propuestas político-criminales y dogmático jurídicas se encuentran en permanente evolución, el criterio para decidirse por una de ellas está determinado por su capacidad de rendimientos prácticos respecto del programa penal de la Constitución. Así las cosas, la legitimidad o no y la validez o no de una determinada propuesta político-criminal y su respectivo modelo dogmático-penal no depende de su coincidencia *a priori* con el modelo normativo constitucional al cual se le pretende aplicar, en la medida en que tal cosa es imposible de constatar con la sola confrontación de la propuesta con las normas del programa penal consagrado en la Constitución. Esto se debe a que, por contener precisamente las normas constitucionales tan solo un proyecto penal, la única manera de desarrollar ese proyecto es justamente utilizando un modelo de teoría que a partir de sus principios, interprete y aplique las normas del sistema penal a la solución de los problemas teóricos y prácticos y es solo luego de ese proceso de constatación empírica de los rendimientos prácticos de la teoría, que se puede constatar si en efecto la adopción de ese determinado modelo es o no acorde con el proyecto penal de la Constitución”

Y agrega: “De allí que no resulten ciertas las afirmaciones que hacen algunos sectores de la doctrina en el sentido de que solo unas determinadas propuestas teóricas son legítimas para la interpretación de un modelo constitucional del derecho penal”

Y agrega: “Semejantes señalamientos son tanto o más autoritarios, que el autoritarismo que pretenden endilgarles a las teorías que arbitrariamente descalifican. Una concepción político criminal que le apueste a un derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es por sí misma más democrática y liberal que una que entienda, por ejemplo, que el objeto de protección sea la vigencia de la norma. De la misma manera no es menos legítima una concepción que entienda que la función primordial de la pena sea el mantenimiento de la vigencia del sistema, que aquella que le asigne como tarea principal funciones de retribución o de prevención general negativa. Creemos que en este punto y como acertadamente lo señala SCHUNEMANN, se ha caído en la exageración. Todo esto dependerá en últimas de cómo se definan en concreto todos y cada unos de esos conceptos y de qué efectos prácticos se puedan constatar de su aplicación a la solución de los casos, reales o hipotéticos con los que se falsean las teorías. LA LEGITIMIDAD O NO DE UNA DETERMINADA TEORÍA, ASÍ COMO SU ACEPTACIÓN Y VALIDEZ, DEPENDEN DE LOS RENDIMIENTOS PRÁCTICOS QUE ESA TEORÍA PRODUZCA EN SU LABOR DE CONCEPTUALIZACIÓN Y APLICACIÓN DEL SISTEMA PENAL EN LA SOLUCIÓN DE LOS CASOS. Y ESTO SOLO PUEDE HACERSE SI LA TEORÍA SE PONE A PRUEBA” (mayúsculas y negrillas fuera del texto)”. MANUEL SALVADOR GROSSO, *El concepto del delito en el nuevo código penal*, ob, cit, p. 277:

Colombiana el derecho penal y el concepto de delito<sup>241</sup>, lo cierto es que una dogmática penal que corresponda a la visión, fines y objetivos del Estado Constitucional, social y democrático de derecho, jamás podrá llegar a prescindir del paradigma epistemológico cognoscitivistista, toda vez que, quiérase o no, para el derecho penal democrático es un imposible

---

<sup>241</sup> “La normativización del derecho penal y del delito, implica una redefinición normativa de todos y cada uno de los elementos constitutivos del delito. Así, ya el concepto mismo de acción se redefine como *infracción imputable de una norma*. La relación entre la acción y la tipicidad no es ya de sujeto y Predicado, sino de *imputación jurídica*. La acción debe ser *imputable* al tipo penal. Por su parte la antijuridicidad en cuanto expresión de la antinormatividad penal, se integra en el tipo para constituir el injusto. El delito es primeramente *injusto penal* y solo puede serlo si es *injusto típico*. De esta manera para poder predicar la existencia de un injusto típico se hace necesario que se pueda *imputar objetivamente* la realización de la acción, al tipo penal. A esta categoría se la denomina *imputación objetiva* y se integra por la constatación de la infracción objetiva de la norma por parte del autor mediante la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*, que se concreta en la *realización de ese riesgo* en resultado jurídico”

“El segundo nivel de la imputación lo constituye la *imputación subjetiva*, o imputación de responsabilidad penal por el hecho antijurídico. En este nivel se agrupan los presupuestos necesarios para poder endilgarle responsabilidad al autor por el quebrantamiento de la norma. Esta categoría, si bien es esencialmente normativa como lo es la de la imputación objetiva, incorpora los aspectos subjetivos, es decir que examina las posibilidades de actuar que tuvo el autor en el caso concreto y su decisión de voluntad orientada por el conocimiento de la norma y la libertad de actuar. Como se observa, en este esquema, a diferencia de lo que ocurriera con la propuesta de ROXIN, la imputación objetiva no es ya un mero *pluis* de criterios correctivos de causalidad, sino el primer nivel de la imputación penal, es decir, el *fundamento* mismo del injusto y por ende la piedra angular de toda la teoría del delito” (negrillas fuera del texto)

“La imputación objetiva resulta ser el nexo vinculante entre el comportamiento humano dotado de significado y sentido y la valoración jurídico-penal de ese acto significativo, o lo que es lo mismo, el presupuesto objetivo de la responsabilidad penal que encuentra su plena satisfacción en la imputación subjetiva como realización responsable del dolo. La creación del riesgo no es una mera modificación causal del mundo sino *el desconocimiento de los deberes particulares de una persona, determinados por el desempeño de un comportamiento que le es propio gracias a la asignación normativa de determinadas funciones*, y el resultado no ha de entenderse *“en sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas*, es decir en un sentido jurídico-objetivo” (negrillas fuera del texto)”. MANUEL SALVADOR GROSSO, *El concepto del delito en el nuevo código penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2003, pp. 146 y 147.

prescindir, abandonar o sepultar el concepto de conducta humana dada como realidad en sus contenidos de lo objetivo-subjetivo.

Ahora bien, que por razones de Estado a través de los vientos del estructurales del funcionalismo normativista<sup>242</sup>, de los *presupuestos* no epistemológicos<sup>243</sup> sino doctrinarios del funcionalismo sistémico de JAKOBS<sup>244</sup> se realicen intentos de lograr la magia de des-antropologizar<sup>245</sup> el

---

<sup>242</sup> Cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental* 1, ob, cit, p. 652.

<sup>243</sup> Cfr. MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, ob, cit, p. 75

<sup>244</sup> "JAKOBS, por ejemplo, no comparte el concepto causal de acción porque, conforme a las ciencias de la naturaleza, acción es causación de un resultado, sin importar el contenido de la voluntad. No comparte tampoco el concepto final de acción porque, si bien supera lo naturalístico del concepto causal y avanza hasta lo individual y psicológico del sujeto, sólo explica la parte antropológica del problema, pero deja por fuera la vertiente social. Estima que lo decisivo no es lo naturalístico ni lo físico, ni lo psicológico, sino el sentido social, razón por la cual es necesario un esquema social de interpretación comunicativamente relevante de la acción" (...)

"JAKOBS, concibe una acción jurídico-penal, como la violación de la norma objetivamente imputable, evitable y culpable, como expresión individual de un déficit de motivación, que se determina objetivamente, expresión de defecto que fundamenta el injusto – pues no son en su opinión el dolo y la culpa, como hechos síquicos individuales, los que lo fundamentan" (...)

"Su posición frente a la acción se inclina, como vemos, hacia su aspecto comunicacional, pues "la expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad, sino en la toma de postura frente a la validez de la norma: no reconoce ninguna norma que le pudiese impedir actuar, sea que no conoce la norma en cuestión, sea que la conoce pero pretende vulnerarla. Esta toma de postura frente a la vigencia de la norma es el sentido que interesa, el decisivo desde el punto de vista del derecho penal"

"Por consiguiente, este autor dice que en el concepto de acción, y por tanto del injusto, *hay que excluir "el control de los impulsos del sujeto" y renunciar al hecho de que el sujeto actuante sea consciente de la intencionalidad de su acción, desconectando la finalidad "de las vivencias que la acompañan"*

"O sea, recortándole la parte individual y psicológico-antropológica, en cuyo caso el derecho penal dejaría de ser un sistema de imputación de penas con fundamento en la responsabilidad de los sujetos, dada su preocupación prioritaria por la seguridad de las expectativas" MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto Penal y Error*, ob, cit, pp. 302 y 305.



derecho penal, se realicen intentos de apostarle a la sepultación ontológica de la conducta humana (GROSSO GARCÍA<sup>246</sup>), y se intenten realizar constructivismos ideológicos en procura de *prescindir de la conducta humana* como esencia del injusto penal, y apunten a concebirla a partir no de la teoría, sino de la doctrina de las fidelidades e infidelidades<sup>247</sup> del

---

<sup>245</sup> "GUNTHER JAKOBS quien representa la línea radical del llamado funcionalismo normativo, no plantea un cambio en la estructura formal de la teoría del delito, sino que pretende dar nuevos contenidos a esos elementos, contenidos que vendrían vinculados a las funciones del derecho penal y de la pena y a una dependencia de las definiciones normativas. Esta visión normativista y teleológica no acepta como si lo hace el finalismo, que el sistema penal esté vinculado a las realidades ontológicas previas, conceptos como la acción, la causalidad, el dolo, poder, capacidad, etc. (que el finalismo considera como estructuras lógico reales de contenido prejurídico), no tienen un contenido prejurídico para el derecho punitivo, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica, el contenido de los conceptos dogmáticos debe llenarse a partir de las funciones del derecho penal y de la pena (la pena busca ejercitar la confianza en la norma, se despliega y aplica para ejercitar la fidelidad al derecho). Los conceptos tales como acto, causalidad, capacidad, dolo, etc., son normativos y no prejurídicos, con lo cual se entra a una renormativización de los conceptos del derecho punitivo, sus contenidos dependerán de la misión que le asigne al derecho penal: protección de bienes jurídicos, dirección de conductas, o estabilización de expectativas sociales". JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003, pp. 106 y 107.

<sup>246</sup> "En esta perspectiva, se entiende que, lo que hace el Derecho Penal, no es *constatar* la existencia de una acción en el plano de lo ontológico, como lo pensaban los naturalistas, sino imputar a una persona el quebrantamiento de la norma como su obra. Como consecuencia de lo anterior, la acción no puede ser un concepto prejurídico en la medida en que de él no se derivaría ninguna consecuencia útil para la solución de los problemas dogmáticos del delito. Por el contrario el concepto de *imputación*, resulta ser más adecuado, por cuanto permite involucrar de manera decisiva categorías como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, con la determinación de la responsabilidad de la persona que actúa como sujeto responsable del ilícito. En últimas, tal como lo señala SCHUNEMANN, lo que hace JAKOBS, es elaborar una nueva concepción normativa del delito QUE PRESCINDE POR COMPLETO DE TODA REFERENCIA ONTOLOGICA y que extiende el concepto de acción a todas las categorías jurídicas del delito como realización imputable (responsable) del tipo penal" (negrillas fuera del texto). MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA, *El concepto del delito en el Nuevo Código Penal*, ob, cit, pp. 147 y 148.

<sup>247</sup> "El Funcionalismo de JAKOBS niega la "finalidad" y la reemplaza por la "evitabilidad" de un resultado, que se concreta en la mera desobediencia a la norma y refleja la infidelidad al derecho. Esta corriente le da mayor importancia al aspecto comunicacional de la conducta que a su connotación psicológica, lo cual hace

hombre abstracto y sistémico al derecho, a partir de la *doctrina* de la simple vigencia de las normas, mas no como un proceso individual real<sup>248</sup>, y se posicionen en la doctrina de la neo-responsabilidad objetiva como máxima expresión del normativismo purista, es asunto completamente diferente que obedece a otras razones, esto es, a razones políticas que de maneras anti-dialécticas contrarían de principio a fin la teoría del derecho penal y teoría del injusto penal, concebidas a partir del modelo de Estado constitucional, social y democrático de derecho; y contrarían de principio a fin la teoría del conocimiento, como paradigma realista y cognoscitivista del injusto penal.

## **2.- De nuestra visión de confrontación política a la doctrina sistémico funcionalista del normativismo purista.-**

Con relación a la doctrina sistémico funcionalista del normativismo purista, hemos de expresar que:

Nuestras consideraciones no las plantearemos en ámbitos de discusiones jurídicas, toda vez que éstas son las que menos importan, habida razón

---

porque políticamente le interesa mas el funcionamiento del sistema instaurado por el Estado" MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, ob, cit, p. 307.

<sup>248</sup> "Para JAKOBS y, en general, para los funcionalistas, la culpabilidad es, también solamente un proceso de imputación subjetiva fundado en la vigencia general de las normas y no un proceso individual real. Es ante todo asignación o imputación de culpabilidad en atención a las necesidades de reafirmación de la vigencia de la norma y consiste en deslealtad al Derecho, o sea en motivaciones jurídicamente incorrectas o defectuosas por parte de sujetos imputables, esto es, "iguales". Desde el principio queda entonces claro que para esta corriente del pensamiento la culpabilidad no es límite de nada, pues si la culpabilidad se reduce a ser la asignación de responsabilidad, no puede operar al mismo tiempo como límite del poder punitivo, es decir, auto-limitarse. Cualquier limitación corresponde al sistema social y no al orden jurídico mismo" JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental 1*, ob, cit, p. 661.

que involucrarse en discusiones jurídico sustanciales acerca de los “aciertos” o “desaciertos” de las categorías y redefiniciones conceptuales del derecho penal y del concepto de delito de las que se ha ocupado el normativismo purista, en últimas no deja de ser *intrascendente*, toda vez que ese ejercicio traduciría discurrir alrededor de extremos *lógico-formales* construidos, desde luego, en forma perfecta, pero, claro está, en forma *perfectamente abstractos*, lo cual implica que sobre abstracciones y redefiniciones conceptuales, categoriales, puramente lógico-formales, no es dable realizar ninguna clase de contrastaciones.

Con lo anterior significamos que efectuar discusiones jurídicas acerca de discursos pseudo-jurídicos montados sobre *socio-logismos no reales, socio-logismos creados en forma ideológica, socio-logismos abstractos o más claramente sobre imaginarios*, elaborados en los exclusivos planos de lo lógico-formal, los cuales por asalto, un buen día procedieron a auto-atribuirse y auto-otorgarse pretensiones ambiciosas, pero ilusorias acerca de la verdad universal y validez universal, en últimas constituye una discusión puramente lógico formal, la cual de asumirse, constituiría incursionar en los senderos etéreos e insondables de la metafísica jurídica o del socio-logismo esotérico.

En otras palabras, consideramos que discurrir alrededor de los extremos puramente formales y estructuralistas de las redefiniciones conceptuales que acerca de la definición, sentidos y horizontes del derecho penal se ha ocupado el funcionalismo sistémico y comunicacional del normativismo purista de JAKOBS y sus seguidores, traduciría parodiando a CONNY MÉNDEZ, autora de la obra *Metafísica 4 en 1*, como reflexionar en abstracto acerca del Socio-logismo de la Hermandad Blanca.

Por lo anterior, las confrontaciones que a nuestro juicio, merecen efectuarse contra esa doctrina, lo serán, en un todo, reflexiones y discusiones de carácter político, así:

1.- Desde los contenidos concreto-relativos de lo histórico-político y social, consideramos que pretender efectuar constructivismos ideológicos acerca de la definición, sentidos, contenidos del derecho penal y del concepto de delito, a partir del constructivismo ilusorio e imaginario de la sociología estructuralista de la globalización, de la imaginaria sociedad mundial globalizada, entendida como “sistema totalizado igualitario” con sus correlativos “sub-sistemas igualitarios”<sup>249</sup>, y a partir de esa fantasía pretender efectuar constructivismos ideológico-penales con pretensiones de verdad universal y validez universal, con los cuales se puedan ofrecer respuestas dogmático-penales totalizadas e igualitarias a todos y cada uno de los complejos histórico-sociales, a todas y cada uno de los hombres histórico individuales que habitan en este planeta, sin duda ni equívocos que eso constituye no una <ingenuidad sociológica>, sino una metafísica o espejismo sociológico, o más claramente una fantasía penal.

---

<sup>249</sup> En el plano sociológico, por otra parte, la teoría sistémica de JACOBS no añade nada a la teoría de la desviación de EMILE DURKHEIM, que había concebido en términos semejantes la pena como un factor de estabilización social <destinado sobre todo a actuar sobre las personas honestas> reafirmando sus sentimientos colectivos y cohesionando la solidaridad de los desviados. A diferencia de la teoría de DURKHEIM, que nunca ha pretendido ofrecer una justificación, sino sólo una explicación de la pena, esta doctrina es por el contrario –igual que las moralistas y denunciatorias de STEPHEN y de sus epígonos contemporáneos, sí como de la cínico-realista de TARDE – una ideología de legitimación apriorística tanto del derecho penal como de la pena. Parece claro, en efecto, que al reducir al individuo a <subsistema físico-psíquico> funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona. El punto de vista de la justificación externa desaparece también en este caso, quedando enteramente reducido al punto de vista interno, importando poco que éste, en vez de identificarse con el *ethos* del Estado o con cualquier pretendida moralidad interna del derecho, se haya convertido en la mera exigencia funcional

Esas pretensiones, desde lo histórico-político, desde lo histórico-social, y desde lo histórico-individual concreto-relativo, constituyen un imposible categorial.

En efecto, para el caso no de tan ambiciosa supra teoría, sino supra doctrina, dígase que constituye un imposible categórico, la pretensión de introducir como por arte de magia en un solo saco sociológico imaginario a todas y cada una de las realidades sociales, culturales, multiculturales, étnicas, multiétnicas y cosmovisionales, de las indistintas que existen como realidad en esta parcela de universo llamada Tierra.

La ensoñación orientada a nivelar, equiparar e igualar imaginariamente las cosmovisiones generales, particulares y multi-singulares de todos los pueblos, hombres, culturas de Europa, Asia, América (del Norte, Centro y Sur) y Oceanía, no deja de constituir un *hechizo sociológico*; propósito acerca del cual en abstracto y a manera de quimeras es dable regar ríos de tinta sobre el papel en blanco, como en efecto, se ha realizado desde los *allás*, por parte de quienes nos pretenden imponer a ultranza la doctrina de la globalización hegemónica del discurso del poder y de la globalización del derecho penal. Pero, de ahí, esto es, de lo abstracto a lo real, existen abismos insondables, imposibles irreales, e imposibles categoriales.

Así mismo, la pretensión imaginaria, orientada a que la dogmática penal entendida como instrumento de control político de las acciones del hombre concreto-social y como *subsistema igualitario* se halle en posibilidad y realidad de ofrecer respuestas igualitarias sin distinciones algunos a todos y cada una de las cosmovisiones sociales en indistintos lugares de la Tierra, constituye otro hechizo dogmático penal.

En efecto, no traduce ninguna novedad recordar que el derecho penal obedece a principios generales que constituyen los fundamentos que irradian hacia todos los conceptos y categorías que integran su objeto de saber jurídico-social.

En igual sentido, ha menester recordar que las definiciones de los sentidos, de los horizontes del derecho penal y de la dogmática penal no se pueden construir a espaldas ni con desconocimiento de lo histórico social, de lo histórico individual, concreto y determinado del hombre y su conducta singular, toda vez que la visión, misión y objetivos antropológicos del derecho penal apuntan concebirse como disciplina de saber social.

MARIO SALAZAR MARÍN, al respecto, con acierto, escribió:

*“Aunque en efecto el hombre como individuo es un ser único, irreplicable y creador, donde quiera que exista el hombre habrá particularidad cultural, lo cual explica la complejidad del mundo social. Pero, como a la vez cada sujeto hace parte de contextos sociales y culturales concretos, esa particularidad cultural está inmersa en valores y símbolos compartidos e ingresa en el campo de la integración normativa”.*

*“Asimismo, no puede haber conceptos, valores y símbolos que signifiquen exactamente lo mismo en todas las culturas, cada una de ellas está informada por tradiciones, experiencias y evoluciones cognoscitivas diversas. No obstante, muchas culturas comparten formas y contenidos existenciales, sobre todo en materia de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la vida, la integridad personal, el honor, la paz, el derecho de petición, la libertad, derecho al trabajo, etc., son de contenido existencial análogo en todas partes. En esos tópicos puede ser válida la estandarización”.*

*“Y pese a que en las sociedades modernas ha alcanzado gran desarrollo el pluralismo como instrumento social de convivencia entre diversos sistemas de valores que coexisten, uno de cuyos instrumentos estructurales es la tolerancia, al lado de la coexistencia pacífica, la modernidad y – seguramente la posmodernidad- no podrán imponer el monopolio axiológico y de sentido a sociedades completas, y menos a una pretendida sociedad mundial globalizada, que vale en algunos aspectos, mas no en todos” (...)*

*“Pero dado que los diversos grupos sociales están ubicados en su propio espacio y tiempo, ambiente, historia y evolución, la pretendida globalización de la sociedad mundial, buscando superar las particularidades étnicas y culturales, resulta imposible, y sobre todo hegemónica y anti-democrática, en la medida en que ataca las diferencias y diversidades culturales de los pueblos”*

*Y, trae una cita del Profesor Alberto Restrepo G, quien al respecto del tema afirma: “Todo intento de supraculturalidad acaba convertido en un supra-sistema de poder (...) que impide la pluralidad y constituye una forma nueva de colonialismo. Uno de los grandes dramas de nuestros días es el del hegemonismo neo-colonial, disfrazado de universalismo supracultural”<sup>250</sup>.*

De conformidad con las puntuales reflexiones de SALAZAR MARÍN, es dable plantear para la discusión política, que un constructivismo, modelo o esquema discursivista penal, como el del normativismo puro y purista que en su totalidad se ha construido en el aire, sin bases reales, sin referentes epistemológicos, que se ha construido e ideologizado a partir de la

---

<sup>250</sup> Mario Salazar Marín, Injusto penal y error, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 1999, pp. 358, 359 y 360.

sociología imaginaria de la globalización sistémica, que con fantasías ilusionistas de verdad universal y validez universal se hubiera auto-atribuido imaginariamente el potencial de llegar a otorgar respuestas dogmático-penales, supra-culturales y supra-penales igualitaria *in infinitum*, sin distinciones de continente a continente, de país a países, de región a múltiples-regiones del mundo, de multi-complejos sociales, a multi-complejos culturales, y sin distinciones ningunas de etnias, religiones, credos políticos, visiones filosóficas o multi-cosmovisionales: es un modelo que en dialéctica de lo concreto y dialéctica de lo histórico social, e histórico individual concreto:

Está llamado y condenado de entrada, de principio a fin, a su totalizado fracaso, toda vez que detrás el disfraz del universalismo supra-cultural y del universalismo cosmovisional, lo que se esconde es la absoluta desantropologización del derecho penal; constituyendo ese esquema penal neo-imperialista y neo-colonialista jurídico-cultural un instrumento de poder, cuyo objetivo máximo apunta a negar al hombre histórico-social e individual concreto, en negar su cosmovisión histórico individual concreta.

En otras palabras, el modelo de normativismo purista globalizado, es políticamente regresivo, anti-histórico, anti-social, y anti-dialéctico.

La esencia, características y universalidades concretas, relativas, como las singularidades concretas-antropológicas del hombre<sup>251</sup> y su parcela de

---

<sup>251</sup>“El hombre se aborda en la concepción antropocéntrica de la Carta Constitucional, en toda su dimensión integral, como ser natural e individual, como ser social y como un ser en relación con su medio, de allí que se reconocen como fundamentales e inviolables los derechos inherentes al hombre, se reconocen derechos sociales, colectivos, económicos y culturales, lo mismo que se protege el medio ambiente y los recursos naturales. El hombre digno de que habla la Constitución colombiana, es un ser en sí mismo considerado pero necesariamente en su dimensión social y en relación con el medio, pues el respeto al hombre como ser digno implica indispensablemente la preservación y respeto de las condiciones necesarias de su existencia humana”. JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, Tratado de



cosmovisión social determinada, al igual que sus franjas de cosmovisiones sociales particulares y singulares, no pueden llegar a ser objeto de residualización, negación, sepultación, ocultamiento o prescindencia por un discursivismo pseudo-penal que en últimas, desde lo político y regresivo a lo único y exclusivo a lo que apuesta es a tratar al hombre como una simple ficha o piñón mas del engranaje sistémico-social.

El hombre, como maravilla cósmica, bio-psíquica, bio-social, y bio-individual concreto y determinado, merece aquí en la Tierra el máximo respeto, por la sola circunstancia de haber encarnado como hombre, y no se lo puede degradar al punto y extremo de llegar a considerarlo como el hombre-masa, ni como el hombre número-mas, ni como un elemento más, ni como una ficha abstracta de una red sistémica, puramente objetivista, funcionalista y abstracta-social, como lo pretenden los pregoneros del socio-logismo imaginario de la globalización, en la forma como lo postulan los “ideólogos” penales del normativismo purista de JAKOBS.

En síntesis, desde esta instancia de confrontación política, a los filósofos y sociólogos inspiradores del sociologismo imaginario del universalismo supra cultural, como a los Profesores y penalistas inspiradores y expansionistas de las doctrinas imaginarias del normativismo purista, de manera pacífica, pero con entusiasmos epistemológicos, bien les podemos manifestar:

Que en el aire ni en el vacío. Que sobre etereidades sociológicas espumosas, no es dable construir ninguna clase de complejos discursivos, toda vez que los desarrollos –para el caso dogmático penales- que no

---

derecho penal, parte general, tomo I, Ediciones Doctrina y Ley, 2001, Bogotá, p. 542.

posean asientos o referentes en la realidad, sencillamente no dejarán de constituir discursivismos doctrinarios huecos, vacíos y abstractos, los cuales como imaginarios puros, imaginarios huecamente etéreos, e imaginarios vacíos y abstractos, quizás podrán ubicarse en lo histórico-político de lo que el viento se está llevando y en lo que el viento, más temprano que tarde: se llevará.

2.- Desde los ámbitos de la discusión política, consideramos que efectuar constructivismos ideológicos y lógico-formales acerca del derecho penal y del concepto de delito a partir de la exclusiva ecuación de las *simples fidelidades o infidelidades objetivas a la norma penal*, sin duda constituye poner los conceptos de Estado y Nación por encima y en supremacía del hombre histórico-social. En efecto, de esas supremacías la historia política de la humanidad ha dado sobrada cuenta con los modelos de Estado de los regímenes del Nacional-Socialismo de la Alemania nazi y la Europa fascista.

De correspondencia política, el hecho o circunstancia consciente o ciega de alinderarse ideológicamente tras los dictados de una doctrina cuyas máximas proclamas son el *defensismo a ultranza* de la vigencia de las normas por la simple vigencia de las normas; el *defensismo de la fidelidad a las normas* por la simple fidelidad sistémica objetivista y funcionalista de las mismas, y el alinderarse con la defensa objetiva y totalitaria del Estado o la Nación, sin duda constituyen expresiones ideológicas características de un derecho penal anti-democrático y totalitarista<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> “Desde luego, como este planteamiento desemboca en una idea preventivo general positiva de la pena y del derecho penal se torna en blanco de diversas críticas, pues conduce a una postura política autoritaria y a la erección de un modelo de derecho penal máximo de hondo calado despótico, irrespetuoso de los derechos fundamentales de la persona humana. Por ello, cuando se reduce al individuo a un <subsistema físico-psíquico> funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social en general; esta doctrina tiene que acompañarse de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona; es más, estas concepciones no pueden

El discurso político que se esconde detrás del normativismo purista, constituye una expresión inequívoca del neo-imperialismo y neo-colonialismo ideológico-penal, y constituye el nuevo discurso del poder por el poder, del Estado por el Estado, de la Nación por la Nación, y del poder de la norma por la norma.

El Profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, con puntualidad, escribió:

*“De otra parte, dado que del ser no se deriva el deber ser, después de admitir que son posibles o legítimos los delitos sin bien jurídico, o sea sin fin protectorio de bienes jurídicos, la única categoría explicativa que queda es la del deber jurídico, de modo que en el fondo el derecho penal (de los funcionalistas) no protege los bienes del ciudadano sino los intereses del Estado autoritario o paternalista en la obediencia de los ciudadanos. Esto resulta axiológicamente dudoso y constitucionalmente problemático, pues da lugar, entre otras cosas, a una antijuridicidad como pura anti-normatividad subjetiva (contrariedad de la voluntad al mandato de la norma).*

*Y, agrega: “Por el contrario, una orientación autoritaria del derecho penal tendrá que concebir el delito fundamentalmente como violación de deberes jurídicos de obediencia al Estado o acatamiento al derecho positivo (teorías subjetivas del injusto y la tentativa) y por ende, simplemente como la manifestación de una voluntad o de una actitud jurídica rebelde, peligrosa o intolerable (concepción que a simple vista se percibe como demasiado cercana al peligro de criminalizar las opiniones disidentes y por tanto también la oposición crítica al sistema). De ello no*

---

justificarse desde un punto de vista externo, quedando reducidas a una mera justificación interna, importando poco que –en vez de identificarse con el ethos del Estado o en cualquier pretendida moralidad interna del derecho- se convierten en la mera exigencia funcional de auto-conservación del sistema político” FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, Temis, Bogotá, 1997, p. 221.

*debería en realidad requerirse más prueba que el régimen nacionalsocialista y su peculiar derecho penal (Escuela de Kiel)*<sup>253</sup>.

3.- Desde los ámbitos de la discusión política, consideramos que efectuar constructivismos popperianos como los realizados, y mediante los cuales se proclama que:

*“la legitimidad o no, y la validez o no de una determinada propuesta político criminal y su respectivo modelo dogmático-penal no depende de su coincidencia a priori con el modelo normativo constitucional al cual se le pretende aplicar, en la medida en que tal cosa es imposible de constatar con la sola confrontación de la propuesta con las normas del programa penal consagrado en la Constitución”, sino que, por el contrario “la legitimidad o no de una determinada teoría, así como su aceptación y validez, dependen de los rendimientos prácticos que esa teoría produzca en su labor de conceptualización y aplicación del sistema penal en la solución de los casos”, y que “esto solo puede hacerse si la teoría se pone a prueba”*<sup>254</sup>.

Desde la discusión política, lo que esas frases traducen es una convocatoria descarnada a favor del eficientismo resultadista de las estadísticas; eficientismo que se consolida en los resultados del populismo punitivo de la eficacia estatal, en procura de la instrumentalización expansiva e intensificada del aparato penal, contra todas las formas de expresión que desde la perspectiva funcionalista se antepongan al Estado o a la Nación.

---

<sup>253</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal liberal de hoy*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2002, p. 141.

<sup>254</sup> MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA, *El concepto del delito en el nuevo código penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2003, pp. 277 y 278.

En ese horizonte regresivo, plantear que la legitimidad, validez y aceptación de un modelo penal depende de *los efectos prácticos y de los rendimientos prácticos*: traduce proceder a torcer y a invertir desde la óptica de la derecha recalcitrante, los extremos y contenidos filosófico-políticos de lo que desde la democracia jurídico política se entiende y habrá de entenderse por *legitimidad jurídico política*.

La legitimidad política de cualquier modelo o proyecto de modelo dogmático jurídico que se pretenda insertar o que se hubiera integrado al derecho positivo, y cualquiera fuere el área de saber jurídico de que se trate, depende de la realización, consolidación y materialización, si o no, de las visiones, objetivos, fines y valores del Estado constitucional, social y democrático de derecho; paradigma que como ser y deber ser, aspira a ser y seguir siendo el nuestro en su cotidianidad.

En efecto ese ser y deber ser constituye el referente jurídico-político al que corresponde obedecer, ajustarse e inscribirse ex-ante y ex pos, todo el derecho, incluido el derecho penal, no solo en cuanto a sus mandatos sustanciales y procesales, sino también todos los planteos teóricos y líneas de jurisprudencia que se pretendan instrumentalizar como política criminal<sup>255</sup> o derecho positivo.

---

<sup>255</sup> “El título con que aparece enunciado el tema de mi intervención en este simposio “Política Criminal” desde los valores de la Constitución, insinúa muy variadas orientaciones en orden a establecer su ubicación en el marco general de estudio sobre el sentido y contenido del derecho penal de la globalización, el cual nos convoca”.

“Una primera idea sobre este enunciado, estaría haciendo alusión al deber de someterse al plexo axiológico contenido en la Carta Política, por quien define y pone en práctica la función de prohibir conductas por medio de la pena”

“La importancia del tema habría que verla así mismo en que al aludir a la política criminal desde los valores de la Constitución, se adopta postura no por cualquier política criminal, y menos una que use los preceptos constitucionales a manera de pretexto. Se trata de la política criminal como proyección de los valores y principios del proyecto constitucional, que a más de fundar el instrumento penal y fijarle

En esa mirada, dígase que los conceptos y categorías, así como los presupuestos teóricos y prácticos de un modelo –para el caso dogmático penal- y su correspondencia con los derechos, principios y garantías fundamentales de incidencia sustancial y procesal, son dialécticas que perfectamente se pueden advertir y confrontar no solo *ex – ante* o *a priori*, sino también *ex - pos* y *a posteriori*.

Por tanto, plantear que la legitimidad, validez y aceptación de un modelo penal dependen de los efectos prácticos y resultados prácticos, y que de ello no dependen consideraciones constitucionales *a priori* o *ex –ante*, previas su presentación o postulación, sino *a posteriori*, y que ello “*solo puede hacerse si la teoría se pone a prueba*”, sin duda que esas frases de GROSSO GARCÍA, constituyen plantarse políticamente en el eficientismo del autoritarismo de Estado, el cual efectúa mediciones y evaluaciones de planes, programas y propuestas teóricas, no a partir del respeto y materialización de derechos, principios y garantías fundamentales constitucionales, legales y de jerarquía internacional, sino a partir de los exclusivos y excluyentes medidores de los resultadismos, valga decir, en la mirada del populismo punitivo.

---

contornos en sus posibilidades de aplicación, corresponda a la realización de ese proyecto, como predicado general a que ha de someterse toda política de Estado” (...)

“Lo que queremos expresar es que la política criminal desde los valores de la Constitución, en relación con los sentidos y contenidos de la globalización, de entrada nos sitúa en el debate acerca de las condicionantes que determinan la política criminal propia de la Nación-Estado, con centros de poder y soberanía tradicional; reflejo de la propia evolución de las ideas liberales y correspondiente a características bien definidas, entre las que se destaca la elaboración de una dogmática en grado avanzado de construcción, en oposición a la condicionantes que inspiran la política criminal de la globalización, con centros de poder en instancias supraestatales, reflejo de los saltos cualitativos experimentados por los procesos de internacionalización, con una dogmática en comparación con la de los Estados nacionales, en un nivel menor de desarrollo de construcción”. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL. Conferencia “*La Política Criminal derivada de los valores de la Constitución*”.

El Profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, al respecto, nos dice:

*“(...) la eficacia o eficiencia de la justicia penal no se mide por el número de detenciones o condenas, sino por el grado de su contribución a la realización de los valores jurídicos dentro de su campo, lo cual exige condenar sólo al culpable dentro de los límites de su culpabilidad y absolver tanto al inocente como al que no se sabe con certeza si es inocente o culpable” (...)*

*“Es que en realidad, el <principio de eficiencia> significa, de modo general, la obtención del máximo de beneficios con el mínimo de costos en el uso de un medio dado. En el contexto del derecho penal lo que esto significa es que los eficientistas no están dispuestos, en la lucha contra la criminalidad, a pagar el costo –para ellos muy elevado- que representa la preservación de los derechos fundamentales” (...)*

*“La Constitución, pues, prescribe que el funcionamiento democrático del poder estatal debe pagar el costo de la preservación de los derechos fundamentales de las personas, y esto implica la renuncia a cierto tipo de acciones que podrían ser más <eficaces> sin esos límites. Los eficientistas, por el contrario, miran los derechos fundamentales como estorbos en el camino hacia una lucha eficaz contra el crimen y generalmente no advierten que cometen un crimen cada vez que sacrifican un derecho fundamental para perseguir un delito ¿Cómo puede, entonces, pretenderse eficiente en la lucha contra el delito una actitud que multiplica la criminalidad so pretexto de combatirla?*

*De entrada, pues, el eficientismo, aparece como contrario a la carta de derechos. Pero su mayor fuerza proviene de la coincidencia de su formulación con las reglas básicas del utilitarismo primitivo de Bentham: la regla principal es <la mayor felicidad del mayor número> y en los*

*procedimientos para lograrlo los derechos naturales son <disparates en zancos>.*

*“La réplica del mismo movimiento utilitarista, para el caso, de Pareto: una decisión social es óptima y por tanto eficiente únicamente si no existe <otra situación diferente que se prefiera unánimemente>, de manera que eficiente y justo no siempre coinciden. Pero, de otra parte, no se ve la utilidad del mayor número en la negación o inadmisión de los derechos de todos. Esta es una de las herencias de aquel movimiento, que además carga con el lastre del pragmatismo norteamericano, para el cual no hay más verdades que las que producen rendimiento o utilidad, de modo que lo verdadero depende del resultado utilitario que se quiere alcanzar. El pragmatismo sí que es verdad que no tiene moral y mucho menos principios que respetar”<sup>256</sup>.*

4.- Desde los ámbitos de discusión académica, y en especial de lo político-constitucional, consideramos, y ello no constituye ninguna novedad que nuestra Constitución política no es un simple proyecto de deber ser, sino que es una realidad político-institucional en cuanto a ser, esto es, en cuanto a lo que es, y debe ser.

Con lo anterior significamos que nuestra Carta magna, concebida bajo la égida del Estado Constitucional, social y democrático de derecho (*mas no de derecha*), en lo que corresponde al derecho penal y al concepto de delito, en el artículo 29, consagró al derecho penal de acto y a la conducta humana como el presupuesto esencial del injusto penal, característica de conducta humana en expresiones objetivas y subjetivas, a partir de la cual se han construido todos y cada uno de los conceptos penales que dicen relación adjetivada del injusto penal.

---

<sup>256</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal liberal de hoy, ed. Cit., pl 248, 249 y 250.



Como evidencia incontrastable, solo basta una mirada panorámica a todas y cada una de las normas en las que a partir del mandato 29 constitucional del *acto que se imputa*, de correlación en el código penal se regulan los conceptos de: conducta punible, conducta típica, antijurídica, conducta culpable, conducta dolosa, culposa, preterintencional, tiempo de realización de la conducta, conducta punible de autoría, de participación, etc.

En esa mirada constitucional, lo cual no es ninguna novedad, dígase que la conducta humana constituye la esencia de la imputabilidad, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad. En igual sentido, otorga contenidos a los conceptos de autoría, coautoría, participación, complicidad, determinador, a las expresiones de dolo, culpa, a las agravantes, atenuantes, ausencias de responsabilidad, etc.

Como se observa, la conducta humana es una realidad político-constitucional, la cual no se puede negar, ocultar, y de la cual no es dable prescindir en orden a excluirla de todos los conceptos y categorías normativas que regulan en manera general, particular y singular la misma, y que se recogen en el código penal.

Por tanto, si la conducta humana se consolida como realidad constitucional, consideramos que pretender efectuar constructivismos acerca del derecho penal y del concepto de delito como los que apuesta el normativismo purista, e introducir en el derecho positivo esa estela de redefiniciones lógico-abstractas mediante las cuales se prescinde por completo de toda referencia ontológica<sup>257</sup>, constituye un atentado contra

---

<sup>257</sup> “Como ya se indicó, la otra alternativa propuesta por los cultores del derecho penal en cuanto al asunto que se discute, es la de desistir del concepto de conducta por entender que el elemento central de la teoría del delito es la tipicidad; se plantea, en otras palabras, la absorción de la acción jurídico-penal por esta última categoría. Esta postura no es ni mucho menos nueva y ha sido objeto de acogida por teóricos decepcionados de los escasos rendimientos reportados por la

nuestra Constitución, máxime cuando se intenta sustituirla a plumazo doctrinario por el concepto de relación del sujeto sistémico con la norma funcional.

Sin duda que ello traduce instrumentalizar de hecho de cara al resultadismo punitivo, un modelo penal saturado en su totalidad, esto es, imbuido de tratamientos, redefiniciones conceptuales, concebidas en total y declarada contradicción con nuestra Constitución política, y además, y para topes, contruidos en absoluta negación de convenios y tratados internacionales, en los que se consagra el derecho penal de acto.

Por tanto, la pretensión de introducir por vía de asaltos discursivos al derecho positivo, constructivismos ideológico penales en cuyas redefiniciones se prescinde de toda referencia ontológica, constituye, sin más, efectuar hechizos discursivos, hechizos normativos; razón superlativa por la que se torna intrascendente confrontar con planteamientos no teóricos sino doctrinarios de los que se ocupa el normativismo purista, modelo que además de haberse construido a partir de sociologismos huecos y vacíos, para completar se erigen sobre las columnas de la

---

centenaria polémica en torno a la acción, quienes no vacilan en afirmar que el concepto de acción como elemento de la teoría del delito cumple solo una función negativa, y solo sirve para determinar cuando no hay acción”.

“Si se repara detenidamente en esta formulación, se puede concluir que desde el punto de vista lógico tampoco es descabellada y, por el contrario, parece solucionar muchas disputas estériles; además de brindar gran comodidad, no obstante, se le puede criticar el hecho de pretender resolver los problemas eludiéndolos y olvidar, así sea verdad que la suerte de la dogmática se decide desde la tipicidad, que es necesario un concepto de acción al cual puedan referirse los caracteres específicos del delito como rasgos suyos, y ello no sólo por razones gramático-constructivas. Incluso, así sea para concluir en un concepto que se pretende no comprometido con las partes en contienda, como aquel según el cual acción es comportamiento dominado por la voluntad” FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Manual de derecho penal, Temis, Bogotá, 2002, p. 240.

contradicción y negación de valores constitucionales, en cuanto al derecho penal de acto se refiere.

En síntesis, la doctrina del normativismo purista, además de proyectarse en forma total contraria a nuestra Constitución, a Convenios y Tratados internacionales referidos al derecho penal de acto, no deja de ser un discursivismo imaginario, puramente lógico-formal y abstracto, sobre el cual la historia del derecho penal, más temprano que tarde, pasará a recordar como la metafísica jurídico penal, que un día se fundó sobre el sociologismo imaginario de la nada, con el cual los constructores del universalismo supracultural y universalismo cosmovisional pretendieron imponer a costos del resultadismo, del eficientismo y el populismo punitivo. Se trata de discursivas defensas de las hegemonías de los supra-poderes y megafonistas de la Escuela de Kiel y del autoritarismo de Estado.

5.- De otra parte, dígase que al pretender construir redefiniciones de categorías penales con prescindencia de toda referencia ontológica<sup>258</sup>, se

---

<sup>258</sup> “La principal característica de la acción como expresión de sentido que se mantiene como una constante en todos los autores que son partidarios del ideario de la moderna teoría de la imputación objetiva, es que no depende de una aceptación previa de la estructura ontológica de la acción humana. Esta nota se aprecia muy claramente en Jakobs. El hecho punible para Jakobs es considerado como una contribución comunicativa, como una expresión de sentido que se sitúa frente a la identidad de la sociedad. Para determinar el hecho punible como una expresión de sentido se aparta Jakobs, por un lado, de la perspectiva de la teoría causal y su presupuesto, según el cual una conducta debe tener el significado de un hecho punible cuando la conducta es causal para el resultado. Por otra parte, señala este autor que aunque el finalismo añade una categoría posterior: la causalidad anticipada en el conocimiento, esta anticipación de la causalidad es un hecho psíquico y no social. Para Jakobs <el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad>, y además, la significación de una conducta está en su posición en el contexto social. Jakobs critica al finalismo la utilización de estructuras psíquicas que son expresión de la naturaleza para decir que la acción es expresión de sentido”. MARIA ÁNGELES RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch. Bogotá, 2002, p. 409.

apuesta a concebir el delito a partir de la objetiva infidelidad del hombre sistémico al derecho, en puntos objetivos meramente atributistas de la simple contrariedad a la norma y al Estado.

Lo anterior, sin duda, lo que traduce es concebir al delito a partir de la doctrina de la responsabilidad objetiva, engendro categorial que conforme al normativismo purista se la etiqueta como: teoría de la imputación objetiva<sup>259</sup>.

En esa medida, conforme a ese engendro doctrinario, lo único que se ha efectuado es construir una sofisticada Neo-doctrina de la responsabilidad

---

<sup>259</sup> “La interpretación de los concretos elementos del tipo es un problema de la parte especial. Pero la tarea más importante que el tipo objetivo le plantea a la parte general consiste en elaborar los principios, no específicos de cada delito, que rigen para la acción típica en los delitos de resultado; es decir: en la parte general hay que aclarar qué características ha de tener la relación entre sujeto activo y resultado para que se le pueda imputar al sujeto activo el resultado como acción suya. Así, para seguir con el ejemplo del §303, para que se realice el tipo no basta con la concurrencia de una persona que actúe de un determinado modo y de una cosa dañada, sino que ha de comprobarse que el resultado es obra del autor. Para ello, en los delitos de comisivos ha de darse en primer lugar la causalidad entre la acción del autor y el resultado”. CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, parte general, T.I. Civitas, 1997. P.304.

“De la concepción kantiana de la imputación expuesta se puede deducir: 1.- En primer lugar, que la imputación como juicio presupone, por un lado, un sujeto destinatario de la imputación, que es la persona, y por otro lado, un objeto imputado, que es el resultado o el suceso; 2.- En segundo lugar, el sujeto que recibe lo imputado y el objeto imputado tienen una existencia independiente; 3.- En tercer lugar, la imputación tiene como fin atribuir algo a un sujeto, en concreto atribuye la pertenencia de un resultado-suceso a una persona; 4.- En cuarto lugar, un juicio de carácter atributivo que persiga este fin no puede realizar valoraciones, porque se limita simplemente a determinar una relación de pertenencia entre un objeto destinatario de la imputación y un objeto imputado. Esto supone que los elementos en virtud de los cuales se constituye la relación de imputación, son independientes de los criterios rectores específicos de las posibles variaciones que pudieron proyectarse sobre el suceso que con posterioridad a la constatación de dicha relación de imputación que emerge de la misma estructura material del suceso. La imputación tiene, por tanto, una estructura y un carácter objetivo”. MARIA ÁNGELES RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch. Bogotá, 2002, p. 64.

objetiva, la cual se erige no a partir de la conducta humana, sino de la simple relación objetiva y comunicacional de la persona abstracta y sistémica frente a la norma y frente al sistema vigente.

Sin mayores desarrollos, podemos afirmar que: si la doctrina de la imputación objetiva de JAKOBS traduce en un todo la Nueva doctrina de la responsabilidad objetiva, bien puede recordarse que esos engendros a más de violentar nuestra Constitución en lo que corresponde al derecho penal de acto, además contrarían nuestro código penal (Ley 599 de 2000), en cuyo artículo 9º se consagró que: *la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*; y de otra, en el artículo 12, se consagró: *la erradicación de toda forma de responsabilidad objetiva*.

Habida existencia de las anteriores construcciones discursivas anti-constitucionales, reiteramos sin importar que sean una voz solitaria en el camino, que se torna en un todo intrascendente involucrarnos en discusiones jurídicas acerca de los presupuestos dogmáticos del normativismo purista, los cuales de entrada, esto es, *ex ante*, se visualizan contrarios a nuestra Constitución política, la cual entendemos como norma de normas.

Por tanto, mientras el derecho penal de acto (mas no el derecho penal de hecho, ni el derecho penal puramente fenomenológico, ni el derecho penal puramente y objetivamente efectualista, ni el derecho penal de obra objetiva del autor, ni el derecho penal pura y objetivamente imputativo, ni el derecho penal pura y objetivamente atributista) y la conducta humana se mantengan en nuestra Constitución como ser y como deber ser, y mientras la conducta humana siga siendo una realidad político constitucional y legal, mientras ello ocurra, como hasta ahora, en efecto ocurre, nuestras reflexiones al normativismo purista seguirán siendo de

---

carácter político, y las seguiremos planteando desde la visión filosófica del materialismo dialéctico.

Y, desde dicha opción cognoscitivista, continuaremos afirmando que las redefiniciones conceptuales acerca del derecho pena y del tratamiento del injusto penal de las que se ha ocupado el normativismo purista de JAKOBS, constituyen postulados doctrinarios que de entrada postulativa, niegan, violentan, contrarían y desconocen nuestra Constitución, concebida bajo la égida del Estado Constitucional, social y democrático de derecho ( mas no de derecha ni de extrema derecha, y que además contrarían y desconocen convenios y tratados internacionales, en los que se recoge el postulado de derecho penal de acto.

#### **A.- De la verdad relativa y verdad jurídica en el proceso penal.-**

En lo que corresponde a los contenidos transitivos de las totalidades concreto relativas referidas a la verdad, nos atrevemos a afirmar *que la categoría de verdad absoluta no es aplicable a las áreas del saber del derecho penal, ni a los objetos de conocimiento del proceso penal.*

En efecto, la inaplicación de esta categoría resulta explicable, habida razón, entre otras, que los órdenes de saberes sistémicos e intra-sistémicos como conceptos y categorías jurídico-formales *no obedecen a criterios de validez universal.*

Hemos de afirmar que tratándose de las áreas de saber del derecho penal y proceso penal no ha lugar a hablar de la aplicación de la categoría de *verdad absoluta*, no ocurriendo así con la categoría de *verdad relativa*<sup>260</sup>.

---

<sup>260</sup> “La verdad procesal como verdad aproximativa.- La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad

Lo anterior, habida razón que los *sistemas e intra-sistemas* descriptivos de aquellas obedecen a creaciones legales como productos del consenso o conflicto, esto es, responden a creaciones impositivas de los hegemónicos del poder y el decisionismo.

En igual sentido, en los conceptos, estructuras formales y resolutivas de verdad que dicen relación con los las conductas humanas, convergen e interactúan factores, sociales, políticos, económicos, ideológicos, del decisionismo<sup>261</sup> y potestativos que inciden en los procesos sociales de criminalización, creación de normas y aplicación de las mismas, lo cual evidencia que aquellos no obedecen a criterios de validez universal, sino a criterios mutables, contingencias e intereses de todo orden.

Así mismo, la negativa de inaplicación de la categoría de verdad absoluta, refule explicable habida razón que en eventos los conceptos y

---

*cierta, objetiva o absoluta* representa siempre la *expresión de un ideal inalcanzable*. La idea contraria de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar" (...)

"La verdad de una teoría científica y, más en general de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad o definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la verdad de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que estas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de conocimiento confirmados que poseemos. Para expresar esta relatividad de la verdad alcanzada en cada ocasión se puede muy bien usar la noción sugerida por POPPER de *aproximación o acercamiento a la verdad objetiva*, entendida esta como un modelo u una idea regulativa que somos incapaces de igualar, pero a la que nos podemos acercar: a condición no obstante, de que no se asocien a tal noción connotaciones desorientadoras de tipo ontológico o espacial, sino solo el papel de un principio regulativo que nos permite aseverar que una tesis o una teoría son mas plausibles o mas aproximativas verdaderas y, por tanto, preferibles a otras por causa de su mayor poder de explicación y de los controles más numerosos favorablemente superados por ellas". LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*. ob. cit. pp. 50 y 51.

<sup>261</sup> Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*. ob. cit. p. 43.

valoraciones de la conducta humana, antes que responder a criterios de verdad y validez universal, obedecen a saltos, sobresaltos, giros a veces, caprichosos, a veces totalitarios de quienes actúan en los extremos del poder, en los que pendularmente se balancean postulaciones doctrinarias, definiciones descriptivas, como dispositivas judiciales que no se alimentan de la racionalidad del Estado constitucional, social y democrático de derecho, sino que por el contrario, se nutren del retro-gradismo, conservadurismo, efectivismo e irracionalidades del autoritarismo de Estado.

Otra razón que en vía de lo necesario explica la imposibilidad de aplicación de la categoría de verdad absoluta a los objetos cognoscitivos del proceso penal, como nos dice FERRAJOLI, está dada en que: *“como fórmula sintética, se puede decir que el juicio penal –como por lo demás toda actividad judicial- es un saber-poder, es decir, una combinación de conocimiento (veritas) y de decisión (auctoritas)<sup>262</sup>; extremos interactuantes en los que por vía de lo general, particular y singular, resulta impredecible establecer cuál de esos extremos, esto es, si el poder o el saber se proyectará como determinante en una decisión judicial determinada; incertidumbre que de por sí, descarta que en tratándose de las desequilibradas ecuaciones de saber-poder, puedan lograrse verdades absolutas en las disposiciones y resoluciones judiciales.*

*Como remate argumentativo, mas no peyorativo, dígase que si incluso en los eventos de la ecuación de saber y poder<sup>263</sup>, en la cual como posibilidad y realidad pueden residir extremos de sensatez y poder o imparcialidad y poder se torna en ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico<sup>264</sup>*

---

<sup>262</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. p. 45.

<sup>263</sup> Cfr. MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas Jurídicas*, Gedies, Barcelona, 1980, pp. 57 y 58.

<sup>264</sup> Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. pp. 46 y 50.



hablar de verdad absoluta en las decisiones judiciales; que no se podrá decir cuando los extremos antes que ligarse como saber y poder o sensatez y poder, se entrelazan como *ignorancia y poder, testarudez y poder, parcialidad y poder, intransigencia y poder, subjetivismo y poder, o como autoritarismo y poder*; extremos vivientes de *ausencia de información, conocimientos jurídicos, testarudez, parcialidades, intransigencias, subjetivismos y autoritarismos*, que como realidades funestas abrazadas a su otro extremo del poder, como caminantes contingentes en la praxis de la judicatura, jamás podrán dar efectos cognoscitivas de verdades absolutas.

#### **B.- De la verdad jurídica y sus contenidos de verdad formal y verdad material.-**

Desde la perspectiva materialista de la teoría del conocimiento, nos atrevemos a afirmar que al identificarse el concepto de verdad jurídica, el cual traduce el concepto de verdad formal o verdad procesal, ello no significa que se trate de la creación o identificación de una categoría diferente de la de verdad objetiva material, toda vez que la verdad objetiva nace, surge y erige como reflejo y correspondencia de la realidad objetiva<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> "A pesar de que suele hablarse de <verdad material> (o empírica) y <verdad formal> (o procesal), no puede mantenerse la existencia de una pluralidad de verdades, es decir, la pretensión de reivindicar un espacio, junto a conceptos sectoriales, convencionales, instrumentales de verdad, por un concepto general o filosófico o sintético; en otras palabras, oponer a la verdad <minúscula>, convencional, relativa, instrumental, una Verdad con <mayúsculas>, absoluta, general, filosófica, que sólo los filósofos podrían transmitir con sus conocimientos superiores. Como señala Viola, <existe solo una verdad que depende de las reglas semánticas del lenguaje adoptado y de los hechos naturales a los que se refieren los enunciados>" VICTORIA ITURRALDE SESMA, *Apreciación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 365 y 366.

Sin mayores extensos podemos afirmar que la verdad objetiva constituye un proceso de acción entre un sujeto y un objeto, esto es, entre el sujeto conocedor y el objeto por conocer. Se trata de un proceso que comprende resultados el cual no ha lugar a concebirlo como flechazo sensorial al estilo de instantáneas fotográficas, sino que por el contrario, es gradual, cambiante en ascensos, descensos, que va de lo simple a lo complejo, de lo singular a lo particular, de lo particular a lo universal, de la parte hacia el todo, de lo fenomenológico hacia lo esencial; proceso en donde lo singular, particular y universal de los fenómenos se reflejan en la conciencia del sujeto cognoscente; proceso de acción y trayectorias que va de lo incipiente e inacabado hacia lo acabado, no en mitificaciones de lo absoluto, sino de menores a mayores y/o máximas aproximaciones o acercamientos a la verdad objetiva.

Se trata de una dialéctica cognoscitiva que no traduce en absoluto que las sensaciones y reflejos proyecten siempre exactitudes, en tanto en ocasiones por diversidad de causas y condiciones se puede presentar que los reflejos se realicen en forma defectuosa, errática, distorsionada o falseada:

Si en dialéctica cognoscitiva de lo general ello ocurre así en todo proceso de conocimiento. En igual sentido, ha de afirmarse que en los contenidos de la verdad jurídica del debido proceso penal, como posibilidad, probabilidad y realidad o como principio regulativo ideal alcanzable se proyecta la ecuación-reflejo entre la verdad jurídica y realidad objetiva; proceso de acción y trayectorias que comprende resultados que traducen sustancialidades penales; proceso en el que interactúan el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento; objeto que como realidad material en el proceso penal dice relación no con simples enunciados, proposiciones enunciativas, ni con discursivas argumentativas.

Conforme a la teoría materialista del conocimiento, dígase que en los contenidos de verdad jurídica, verdad formal o procesal, habrán de residir contenidos de la realidad material y la verdad material.

La distinción<sup>266</sup> entre verdad material<sup>267</sup> y verdad formal<sup>268</sup>, obedece a que en eventos, realidad objetiva y verdad jurídica no se corresponden. Se trata de circunstancias en las que lo declarado como verdad jurídica, difiere en variedad de contenidos de la verdad objetiva acaecida, lo cual traduce que aquella distinción antes que responder a una identificación de categorías con características independientes, obedece a la denotación de contradicciones o ausencia de correspondencia entre los contenidos dados en la realidad objetivo-material y los recogidos en lo declarado como verdad judicial.

Así mismo, en punto de la verdad jurídica en la que se implica la correlación entre el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento, lo que se pone de presente es que el proceso de conocimiento del debido

---

<sup>266</sup> Cfr. JORDI FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 82.

<sup>267</sup> Cfr. JORDI FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el Derecho*, ob. cit. p. 69.

<sup>268</sup> "La verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica. Con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la declaración de hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia. Esta declaración puede ser revocada y sustituida por otra por parte de un tribunal superior, pero una vez que la sentencia adquiere firmeza es "la única verdad" que interesa al Derecho. De este modo, la declaración de hechos probados realizada por el juzgador deviene verdadera (en sentido formal) por el solo hecho de ser pronunciada por el órgano judicial. Aunque nada se dice al respecto por parte de los defensores de la distinción, parece claro, de este modo, que la declaración de hechos probados adquiere fuerza constitutiva" JORDI FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el Derecho*, ob. cit. p. 69.

proceso penal hacia la verdad jurídica es un proceso de acción subjetivo-objetivo.

Empero, por la circunstancia insalvable que en la aprehensión de las conductas acaecidas interactúe la subjetividad del cognoscente, ello no constituye argumento suficiente para restar objetividad a los contenidos de la verdad jurídica, ni se torna en fundamento para excluir a la verdad jurídica de contenidos de verdad material, ni constituye pretexto para dudar de los reflejos de la verdad objetiva, hacia la verdad jurídica, para en su lugar proceder a ceder espacio y concebir la verdad jurídica como una verdad subjetiva, residualidad, a nuestro juicio, inaceptable a la que arriba MITTERMAIER, cuando afirma que:

*“(...) la verdad ¿puede llamarse objetiva hasta el punto de ser completamente independiente del sujeto que la juzga?. ¿Descansa en bases de tal modo fijas, que deba imprimir los mismos impulsos, las mismas imágenes en todos los entendimientos, a pesar de ellos mismos, o conviene mas bien llamarla subjetiva, en el sentido de que su noción depende de las aptitudes especiales del sujeto que busca el convencimiento, y del entendimiento que trata de profundizarla, de modo que para cada hombre no hay verdadero sino aquello que tiene por tal?”<sup>269</sup>*

Despojar la verdad jurídica de contenidos de objetividad y cubrirla con el manto de la subjetividad<sup>270</sup> o subjetivismo<sup>271</sup> por el solo hecho de que en

---

<sup>269</sup> C.J.A. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 10ª Edición, Madrid, Reus, 1979, p. 72.

<sup>270</sup> “La apreciación en conciencia de la prueba no debe ser concebida como una operación puramente subjetiva en virtud de la cual se arriba a una conclusión de culpabilidad por medio únicamente de impresiones, conjeturas o de representaciones de la realidad difícilmente plasmables posteriormente en el razonamiento fáctico de la sentencia; la prueba libre es valoración de acuerdo con las leyes comunes de la lógica, de la razón, las máximas de experiencia, los conocimientos científicos seguros, la crítica, en definitiva, valoración libre, no

el proceso de conocimiento interactúen las facultades intelectivas humanas, es dar lugar a que la simple subjetividad, que las simples ideas o pensamientos del cognoscente las cuales dependen y son condicionadas por disposiciones afectivas, políticas, institucionales, económicas e ideológicas, etc., pasen a constituir el extremo determinante individual, acerca de lo que es, o no es verdad jurídica.

Ello no es así, ni puede ni debe ser así. En efecto, en los caminos del conocimiento se puede transitar hacia la aprehensión reflejo de la realidad objetiva y verdad objetiva, o caminar por las vías de las aprehensiones, erráticas, deformadas o distorsionadas.

Empero, aquellos resultados así contra-opuestos no dependen “*de las aptitudes especiales del sujeto que busca el convencimiento*”, ni de manera exclusiva del singular “*entendimiento del sujeto que trata de profundizarlas*” (MITTERMAIER).

---

libérrima, discrecional pero no arbitraria. Se trata pues de objetivar la apreciación, requisito necesario para una posterior fundamentación, hecho que sólo es posible cuando la operación psicológica interna del juez y su resultado exterior aparecen como productos de la razón” JOSÉ MARÍA ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1989, p. 37.

<sup>271</sup> “La racionalidad en la valoración de las pruebas incide, también, sobre la libertad del juez en el empleo de las pruebas. Supone por el lado racionalista, que esa libertad está orientada y no equivale a discrecionalidad absoluta o a arbitrio subjetivo; es decir, significa que el juez busca una corroboración *veritiera* sobre los hechos y, a tal fin, debe usar criterios racionales. El juez está libre de ataduras legales, pero no de criterios de valoración racional. No hace falta ningún argumento para sostener que la concepción irracionalista, contrariamente a la anterior equipara libertad con arbitrio subjetivo. Y solamente concibiendo en clave racional la libertad de valoración se puede mostrar una actitud crítica contra la prueba legal como límite a la libertad del juez. Porque si se defendiere que la libertad del juez equivale a la arbitrariedad, parecería razonable abogar por la recuperación de la legal en cuanto a garantía contra la degeneración del libre convencimiento” JUAN IGARTÚA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tiran lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 90 y 91.

Por el contrario, en esas trayectorias interactúan variados factores que inciden sobre la subjetividad del cognoscente; consideraciones que desde la epistemología materialista nos permiten afirmar que ceder espacios para concebir la verdad jurídica como una verdad subjetiva dependiente de las aptitudes especiales del sujeto que busca el convencimiento, traduce desnaturalizar la verdad jurídica y significa dejarla al libre subjetivismo, a la caprichosa íntima convicción del cognoscente; visión subjetivista inaceptable<sup>272</sup>, toda vez que la historia de los errores y horrores de las sentencias judiciales es también la historia de los subjetivismos unilaterales.

Es cierto que los funcionarios judiciales intervienen como sujetos cognoscentes de un estado de conductas de cuya existencia o no se derivan consecuencias sustanciales, pero no obstante esa interacción que es insoslayable, lo que jamás debe perderse de vista es que ellos como todos los cognoscentes que realicen actividades de investigación, no

---

<sup>272</sup> “Por tanto, la cuestión que plantea la libre valoración de la prueba es como debe colmarse el ámbito del razonamiento fáctico que la ley no disciplina. La libre valoración en ningún caso puede entenderse como una convicción íntima, libre, incomunicable, intransferible y, por ello irracional, incontrolable y arbitraria, convirtiéndose así en un principio idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces. En este sentido, se ha dicho que <el juez ha de ser libre para valorar discrecionalmente la prueba, no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos>, y que <el juez no tiene verdadero arbitrio, ni en el caso de la íntima convicción, porque debe siempre convencerse *según el proceso y según la razón*>. Como señala Patti, en ocasiones, a fuerza de ensalzar el principio de libre convencimiento como fundamento imprescindible del sistema, <se descuida la profundización crítica, con la consecuencia de una gran variedad de significados y sobre todo de una imagen equívoca de la libertad del juez>, y añade, refiriéndose a la jurisprudencia italiana, que <a la doctrina más reciente se le debe reconocer el mérito de una cerrada crítica a la jurisprudencia que muy frecuentemente olvida reflexionar sobre el fundamento y la función del principio en cuestión arriesgándose con transformar el libre convencimiento en arbitrio, o al menos, eludir la obligación de la motivación en materia de hechos, sustrayendo la valoración de las pruebas a toda forma de control>. Por ello, la libre valoración conlleva la exigencia de suministrar reglas o criterios racionales de determinación de la verdad de los hechos de la causa” VICTORIA ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, ob, cit, pp. 344 y 345.

se transmutan en los creadores ni inventores subjetivos de la verdad. Por el contrario, ellos son los receptores y captadores conforme a la teoría del reflejo o conforme a la teoría de la verdad como correspondencia.

Por lo anterior, concebir que la verdad jurídica es lo que el sujeto cognoscente da por aceptado como verdad o lo que el mismo llegase a creer como verdad, significa aceptar que el enjuiciamiento penal debe y tiene que someterse a la denominada dictadura subjetivista judicial<sup>273</sup>.

En igual sentido, los extremos y contenidos de la verdad jurídica no pueden reducirse a los extremos de ser verdadero y ser tenido como verdadero, pues en dicha ecuación como bien lo afirma FERRER BELTRÁN: *“cabe la posibilidad de que se decida tener por verdadero una proposición incorporada en un razonamiento por otras razones que no son la creencia en su valor de verdad”*.

Y agrega: *“Si se sostiene, como he defendido en los párrafos anteriores, que cabe entender las declaraciones de hechos probados incluidas en las resoluciones judiciales como la aceptación de esos enunciados como verdaderos por parte del juez, entonces reaparece el peligro de permanecer encerrados en una concepción irracional y subjetiva de la prueba”*<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> “Un tercer sistema presentado por varios autores, como los más destacados COUTURE Y ALCALÁ ZAMORA, es no ya de libertad, sino de *dictadura judicial*. No es para tanto: se trata de la dictadura menos temible que pueda imaginarse, porque es raro el juzgador, aún los que lo son esporádicamente como los jurados, que propende a ser dictador; esta tendencia se da con mucha más frecuencia, pero entonces es menos peligrosa socialmente, en los autores que, como no se enfrentan con los casos particulares, se sienten animados a resolverlos con una alarmante facilidad y libertad”. SANTIAGO SENTIS MELENDO, ob. cit., p. 272.

<sup>274</sup> JORDI FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, ob. cit, pp. 83 y 87.

Así mismo, los contenidos de la verdad jurídica tampoco pueden reducirse a concebirla como la creencia por parte del juez acerca de lo que cree que es o no es verdad, toda vez que a lo que se arriba es al diseño de *“una noción de prueba absolutamente subjetiva que se aparta de la concepción racionalista”*<sup>275</sup> de la verdad.

### **C.- De la verdad jurídica y sus contenidos acabados e inacabados.-**

Al acercarnos a los contenidos del concepto de verdad jurídica lo hemos hecho desde una perspectiva dialéctica, involucrando al interior de dicho concepto los extremos de verdad sobre los hechos y verdad sobre el derecho que se aplica.

Empero, en dicha dialéctica también interactúan, factores positivos y negativos. Los positivos posibilitan con fluidez que verdad objetiva y verdad jurídica se correspondan. Los negativos dificultan e imposibilitan que verdad objetiva y verdad jurídica no estén en correspondencia, se nieguen, discrepen o proyecten en contradicciones excluyentes.

JEROME FRANK nos ha dicho que en la práctica judicial, *“los hechos no son otra cosa que lo que el tribunal determina que sean”*<sup>276</sup>; afirmación rigurosa que ha hecho carrera por virtud del potestatismo, la cual no la podemos dejar así sin antes oponerle algunas respuestas como réplicas epistemológicas, así:

Sin pretensiones de novedad, expresamos que no renunciamos a pregonar que el objeto teórico, práctico y jurídico del proceso de conocimiento del

---

<sup>275</sup> JORDI FERRER BELTRÁN, ob. cit. p. 93.

<sup>276</sup> JEROME FRANK, citado por LUIS MUÑOZ SABATÉ, ob. cit. p. 58.



debido proceso penal es la averiguación y verificación de un estado de conductas subjetivas y objetivas en orden a que como realidad objetiva, verdad objetiva y verdad material<sup>277</sup> hagan tránsito y correspondan con la verdad jurídica.

Lo anterior, sin que las ecuaciones de reflejos signifiquen mitificar los contenidos de verdad en el proceso penal, ni traduzcan la ocultación o no reconocimiento de los factores que como lagunas, tramoyas, obstáculos, disfraces o subjetivismos de todo orden concurren a desdibujar los reflejos de la verdad objetiva y convierten a la verdad jurídica en lo que en apariencias aparece rayadamente en las foliaturas, y que en últimas hacen de la verdad jurídica lo que los falladores sentencian respecto a cómo son los hechos, cuál es la verdad y cuál es el derecho que se aplica.

Es cierto que en estos tiempos de crisis de todo orden, la palabra como generalidad, la verdad como particularidad y la verdad judicial como singularidad padecen crisis agudas. Es cierto que los conceptos de plena prueba y certeza (la que no es equivalente, ni equiparable al concepto de verdad absoluta), como contenidos de verdad, hoy para algunos y muchos

---

<sup>277</sup> “En realidad, la búsqueda de la verdad material sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso penal, en tanto se trate de la determinación de hechos de fácil constatación empírica” (...) En el proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada además por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura” (...) “Por todo ello, la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y, desde luego, se puede decir entonces, sin temor a equivocarse, que el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio. De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una “verdad forense” que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho”. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, ob, cit, pp., 107, 111 y 112.

pareciesen ser abstracciones ilusorias, lejanas e inalcanzables, o como dice MUÑOZ SABATÉ *“mitos” con sabor de “verdad a medias”*.

Son igualmente ciertas las afirmaciones de LEVY BRUHL cuando señala que *“el progreso del derecho consiste precisamente en disminuir lo más posible el margen de incertidumbre, en acercar lo probable a lo real, lo verosímil a lo verdadero”*<sup>278</sup>.

No obstante la rigurosidad de las anteriores reflexiones, nos permitimos afirmar que las derrotas por anticipado, ni los escepticismos epistemológicos por adelantado hacia la conquista de la verdad, pueden conducirnos a renunciar a la realidad objetiva, ni a la correspondencia de esta con la verdad jurídica.

En efecto, una verdad judicial convertida en simple apariencia y que se satisfaga solo al decir de FORIERS *“con la aportación de elementos que sin ser absolutamente ciertos puedan o deban ser tenidos por verdaderos, más bien que por falsos”*<sup>279</sup>, implica proyectar un espíritu residual, resignado, y por que no decir renunciante a la verdad.

La verdad jurídica, es cierto, no obedece a criterios de lo absoluto, sino de lo relativo<sup>280</sup>, pero no obstante la relatividad que permeabiliza a todos los

---

<sup>278</sup> LEVY BRUHL, citado por LUIS MUÑOZ SABATÉ, ob. cit. pp. 60 y 61.

<sup>279</sup> P. FORIERSE, citado por LUIS MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., p. 59.

<sup>280</sup> “De otro lado, suele afirmarse que a verdad judicial es una verdad relativa. Se dice que la verdad judicial es relativa por un doble orden de razones: porque existen límites en los instrumentos cognoscitivos que se pueden emplear para establecerla, y porque depende del contexto, esto es, del conjunto de presuposiciones, conceptos, nociones, lenguaje, en una palabra del marco de referencia en función del cual se construyen versiones de los hechos”

“Efectivamente, se puede decir que la verdad judicial es relativa en los dos sentidos indicados, pero esto no se predica sólo de la verdad procesal, dado que lo mismo puede predicarse de la verdad científica, histórica, etc., de manera que cualquier

órdenes de saber, esa relatividad no se puede quedar en la potestad de la íntima o unilateral convicción, en la residualidad de la verdad a medias, en la íntima convicción mas allá de dudas razonables, ni en lo simplemente probable, porque como bien dice ANTONIO MATEI, citado BRICHETTI, “*lo que descubre la verdad es una prueba; lo que no la descubre mas que a medias, no es una prueba, porque lejos de mostrar la verdad, no permite mas que adivinarla*”<sup>281</sup>.

Por tanto, a pesar de las lagunas, obstáculos y dificultades de diversa índole referidas a la conquista reflejo de la realidad objetiva en su tránsito hacia la verdad judicial, circunstancias que interactúan en el proceso de conocimiento que se realiza en el debido proceso penal, nos atrevemos a considerar que no se pueden plasmar renunciadas, derrotas de antemano, ni rubricar doctrinas de imposibilidad acerca del ideal, valor o principio regulativo en punto de concebir que los contenidos de la verdad jurídica se constituyan en la unidad y correspondencia de los extremos y contenidos de la lógica formal con los de la lógica material, en proyecciones de mayores o máximas aproximaciones.

---

verdad sea igual (o sea, relativa en el mismo sentido), puesto que el contexto y los límites cognoscitivos varían tanto dentro y fuera del proceso como en diferentes modelos procesales. Lo específico de la verdad judicial es que esa relatividad no impide que se convierta en definitiva. El principio de *res iudicata* no es otra cosa que (a diferencia que lo que ocurre en el terreno científico) una <fijación> institucionalizada de la necesidad de actuar en base a creencias alcanzadas de manera provisional: en toda deliberación, la verdad de los juicios de hecho que justifican las elecciones del sujeto antes o mas tarde se convierten en *res iudicata*. El que elige tiene que tomar su decisión ahora, únicamente a la luz de lo que el cree que conoce” VICTORIA ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, ob, cit, p. 366.

<sup>281</sup> GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, ob. cit. p. 51.

Pero la relatividad<sup>282</sup> no implica exiguas aproximaciones, meras probabilidades, verdades a medias, íntimas convicciones, existencia de dudas razonables, ni traduce que so pretexto de la relatividad se otorgue vía libre a simples criterios unilaterales del subjetivismo judicial, cuyos contenidos dependen del libre arbitrio o libre pensar o querer de un juez.

Así las cosas, rechazar el subjetivismo puro como criterio de verdad jurídica, rechazar las íntimas convicciones, como la íntima convicción mas allá de dudas razonables, significa ser consecuente en lo jurídico y político con la lucha en pro de la construcción de una verdad jurídica real, realística, más humana y humanizada, a efecto de que la verdad judicial en orden a la inmanencia o desvirtuación de la presunción de inocencia, no sea ni se quede en lo que las disposiciones afectivas e ideológicas del juzgador determinen como simple pensar y querer acerca de lo que son los hechos y acerca de cuál el derecho aplicable.

Al comprenderse que en los contenidos de la verdad jurídica tiene cabida la verdad relativa, entendida no como exiguas ni menores aproximaciones, sino como mayores o máximas aproximaciones, de contera se comprende que en los contenidos de la verdad judicial tienen espacio las expresiones de lo acabado e inacabado.

Significa lo anterior, desde las categorías del *todo* y las *partes* que en la verdad jurídica, los fenómenos probatorios considerados en conjunto y separado, podrán referirse a la conducta objeto de interés penal en expresiones *de lo acabado, completo, o total*, respecto a uno, varios, o la totalidad de los contenidos objetivos y subjetivos de la conducta de que se

---

<sup>282</sup> “La verdad procesal es objetiva porque emana de la realidad. Sin embargo, es predominantemente relativa porque el funcionario judicial está limitado en su conocimiento por el desarrollo de la ciencia, el acceso a la cultura, los defectos del razonamiento o la percepción, el conocimiento indirecto de los hechos y la influencia de las ideas sociales” JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA, *Las pruebas*, ob, cit, p. 319.

trate; o en su contrario, podrán estar referidos en expresiones *de lo inacabado, incompleto o parcial*; parcialidades o fragmentos respecto de uno, varios, o el conjunto de las conductas objeto de reconstrucción.

En esa mirada, cuando las expresiones *de lo acabado y completo* proyectan la unidad y correspondencia de los extremos y contenidos de la lógica material con los de la lógica jurídico formal, se estará ante la evidencia y plenitud de la verdad sobre las conductas; totalidades fáctico concretas a las que se les deberá aplicar la verdad sobre el derecho, en cuyo caso se podrá hablar de verdad jurídica en dialécticas cognoscitivas *de lo acabado*. Empero, y no obstante presentarse verdad sobre las conductas en sus expresiones *de lo acabado*, ello no excluye que en eventos sobre aquellos se aplique el derecho que no corresponda, en cuyo caso se hablará de errores sustanciales por indebida aplicación o falta de aplicación.

En sentido contrario, cuando lo que se dan son expresiones *de lo inacabado o incompleto* respecto a uno o varios de los contenidos de la realidad material, lo que se proyecta es ausencia de correspondencia entre los extremos de la lógica material y los de la lógica jurídica; evento en el que no se podrá hablar de verdad jurídica.

En otras palabras, sobre verdades fácticas en expresiones *de lo acabado* se podrán realizar construcciones y correlaciones de verdad jurídica en expresiones *de lo completo*; y en su contrario, en tratándose de realidades fácticas en expresiones *de lo inacabado*, de aquellas solo podrán surgir conceptualizaciones jurídico valorativas *incompletas*, y porque no decir in-correspondientes.

#### **D.- De la verdad jurídica y las denominadas pruebas directas e indirectas.-**

Sin pretensiones de innovación respecto de los conceptos dados por la dogmática del derecho probatorio, nos atrevemos a considerar desde la teoría del conocimiento materialista, que la utilización de las categorías de *lo total, lo completo, lo acabado, lo parcial, lo incompleto e inacabado*, entendidas todas ellas dentro de *las totalidades concreto relativas* de la verdad jurídica, ofrecen y poseen mayores fuerzas explicativas que la utilización de los términos de *prueba directa*<sup>283</sup> y *prueba indirecta*<sup>284</sup>.

Para el caso, consideramos que no se trata de una diferenciación formal, etimológica ni de simple adjetivación; por el contrario, la distinción apunta a la identificación de contenidos, y erige sus fundamentos en la aplicación de las categorías de la teoría del conocimiento.

En vía de la distinción no en cuanto *forma*, sino en cuanto a contenidos, consideramos que cuando se afirma que un fenómeno (sea de naturaleza personal (testimonio o confesión), documental, técnico pericial, o real) refiere o evidencia la conducta en expresiones concreto-relativas *de lo total, lo completo o acabado*, o cuando indicia expresiones concreto-relativas de *lo parcial, lo incompleto o inacabado* respecto a uno, varios o la integridad de sus componentes:

---

<sup>283</sup> “Las pruebas primarias (confesión, testifical, documental e inspección ocular) son directas por estar inmediatamente referidos al hecho que se pretende probar; o sea tanto la declaración de la parte o del testigo, o el contenido del documento, lo que el juez ve o percibe, se refieren directamente al hecho que se trata de probar” CARLOS CLIMENT DURÁN, *La prueba penal*, ob. cit, p. 608.

<sup>284</sup> Cfr. CARLOS CLIMENT DURÁN, *La prueba penal*, ob. cit. p. 608.

Esas expresiones de lo total, lo completo, lo acabado, lo parcial, lo incompleto o inacabado, proyectan mayor claridad conceptual en punto de la comprensión de lo que se quiere poner de manifiesto, lo cual no ocurre cuando las afirmaciones se quedan en la enunciación en sentido que las pruebas de los hechos son *directas*<sup>285</sup> o *indirectas*<sup>286</sup>.

Con relación al tema, observamos<sup>287</sup> que respecto a la denominación prueba directa<sup>288</sup> y prueba indirecta<sup>289</sup> hay concepciones acertadas como

---

<sup>285</sup> “Decimos que la prueba puede tener como objeto inmediato el delito, así sea con referencia a uno de los elementos menos importantes del hecho delictuoso, o puede consistir en el elemento delictuoso propiamente dicho; esa prueba se llama entonces prueba directa. Por el contrario, la prueba puede tener como objeto inmediato algo distinto del delito, y de ese objeto mediante raciocinio, se llega al delito refiriéndose de modo mediato, o puede consistir completamente en algo diverso, entonces la prueba se llama indirecta”. NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., V. I, p. 179.

<sup>286</sup> “A pesar de todos los argumentos en contra de la división de las pruebas directas e indirectas, esta división es inevitable ya que estas pruebas existen en la vida, en la realidad; hay pruebas que atestiguan directamente o inmediatamente los hechos buscados (*factum probandum*) y pruebas que atestiguan el hecho por medio de otras pruebas solo indirectamente relacionadas con el hecho buscado (hecho principal): las primeras son pruebas directas, las segundas indirectas”.

“Así pues, la división de las pruebas en directas e indirectas es completamente natural y práctica ya que corresponde a lo que sucede en la vida, en las relaciones reales existentes entre los hombres. No obstante, admitiendo la legitimidad de esa división de las pruebas, rechazamos terminantemente la contraposición de unas a otras como mas y menos fidedignas”. ANDREI VISHINSKI, *La teoría de la prueba*, ob. cit., pp. 231 y 232.

<sup>287</sup> “(...) La prueba es directa o inmediata, cuando existe identidad o unificación entre el hecho probado con la percepción del juez y el hecho objeto de la prueba. El juez llega así al conocimiento del hecho por probar de manera directa o inmediata mediante su percepción del mismo. Existe en la actividad del juez un cierto grado de razonamiento inductivo que le permite conocer que es lo que está percibiendo (cierto animal, una casa, etc.), e identifica lo percibido por él con lo que se trata de probar, pero sin duda alguna la función predominante es de simple percepción mediante los sentidos del juez. Ejemplo de esta clase de prueba es únicamente la inspección judicial, cuando el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba; en las demás pruebas el juez recibe la percepción que del hecho a probar ha tenido otra persona (partes en la confesión y en el documento; terceros, en el testimonio y la pericia) o percibe un hecho diferente que le sirve de medio para inducir el que se trata de probar (indicios)”

---

“La prueba es indirecta o mediata, cuando el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho que prueba, de tal manera que el juzgador solo percibe el segundo y de este induce indirecta o mediatamente la existencia del primero. En este sentido son pruebas indirectas la confesión, los testimonios, los dictámenes de peritos, los documentos e indicios, pues el juez solo percibe la narración de la parte o el testigo, la relación del perito, el escrito o los hechos indiciarios y de esa percepción induce la existencia o inexistencia del hecho por probar” HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., p. 520.

<sup>288</sup> “En lugar de afirmar que prueba directa es solamente la que permite al juez percibir con los propios sentidos determinadas circunstancias, y que todas las otras comprobaciones probatorias, o sea la gran mayoría de las pruebas, constituyen pruebas indirectas, parece mas conforme a la naturaleza de la comprobación probatoria considerar prueba directa la que hace referencia al hecho del delito, que conduce directamente a la demostración de éste; e indirecta aquella que tiende a probar no el delito sino un hecho o una circunstancia que están destinados, a su vez, a inducir el delito” (...)

“La verdadera distinción parece debe ser, pues, entre prueba que contempla el delito o una circunstancia de éste, y prueba que contempla una circunstancia de la cual se induce el hecho del delito o una circunstancia del mismo; la primera especie de prueba se puede denominar directa; la segunda se puede llamar indirecta o conjetural. En suma la prueba directa es la prueba destinada a constatar el hecho a probar y que, por tanto encierra en si misma la virtud demostrativa de aquel; la misma indica, en verdad, directamente la relación entre el sujeto y el predicado de la proposición a demostrar; la prueba indirecta es la prueba que induce de un hecho probante conocido, a sea del indicio, del vestigio, un hecho a probar desconocido, o sea la circunstancia inducida” GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, ob. cit. pp. 65 y 67.

<sup>289</sup> “Pruebas directas e indirectas.- Acabo de señalar que no es raro encontrar referencia a los indicios al clasificar las pruebas en históricas y críticas. Sin embargo, para mi, no ofrece dudas, si se admite que la prueba es materia clasificable, que a los indicios, científicamente, hay que clasificarlos como una prueba indirecta” (...) “A estos sólo se los puede ver como una prueba indirecta, ya que no se refieren de manera directa a la afirmación que mediante ellos se trata de probar. El indicio no es una cantidad de prueba; tampoco es un medio de prueba especial, ya que puede estar constituido por cualquier elemento probatorio. Contemplerlo cuantitativamente constituye un error, una visión equivocada; pero es mayor el que signifique ver en el indicio un medio de prueba en especial; y lo mismo puede decirse de la presunción. Si fueran medios de prueba, podría solicitarse y acordarse su práctica; y no se de ningún abogado que haya pedido la práctica de una prueba de indicios ni de presunciones; tampoco de ningún juez que las haya acordado; ni de su regulación en los códigos con un procedimiento especial para su práctica” SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba, Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*, ob. cit, pp. 344 y 345.



la de MUÑOZ SABATÉ<sup>290</sup>, quien cuestiona la manida diferenciación entre pruebas *directas e indirectas*, sobre la base de la *mediatez o inmediatez* (con que se refieran al delito o a uno de sus elementos menos importantes; o cuando la referencia sea algo distinto del delito); identificación diferenciada carente de fundamentos lógicos conceptuales, en tanto compartimos con otros autores<sup>291</sup> y con aquél, que los *instrumentos probáticos* -como es el término que utiliza- de la confesión, documento y testimonio en cuanto a inferencias se refiere, “*comparten*

---

<sup>290</sup> “El proceso de valoración de la prueba es, pues, siempre, un proceso inferencial de más o menos complejidad aunque a veces tenga la apariencia de una mera actividad perceptiva apenas si acompañada de algún juicio lógico. Por eso, criando en ocasiones vemos que la jurisprudencia se refiere a la prueba de confesión, de documentos o de testigos calificándola de prueba directa, porque en ellas las inferencias generalmente empleadas son inferencias inmediatas que concluyen una proposición de otra sin intervención de una tercera, y contrapone esta especie de prueba a la llamada prueba de presunciones que tacha de prueba indirecta basándola en inferencias mediatas, en las cuales como sabemos, se concluye una proposición de otra por medio de una tercera, observamos que está realizando inconscientemente una desafortunada campaña contra la valoración presuntiva a la que se presenta como algo injustamente remoto, inseguro y complementario”.

“Creo que es hora de que nos demos cuenta de que las inferencias que parten de los instrumentos probáticos, es decir, de la confesión, el testimonio o los documentos compartan iguales procesos discursivos tanto si son mediatas como si son inmediatas, pues las cosas no suelen hablar por sí mismas sin más que la percepción directa. Como muy bien arguye BONNIER, toda prueba consiste en pasar de un hecho conocido a otro desconocido”.

Y agrega: “lo que ocurre es que nos hallamos tan acostumbrados a repetir los mismos raciocinios que a veces sobreentendemos muchas premisas, hasta tal punto que la rigidez que ello imprime al razonamiento, hace difícil y aun imposible, según pone de manifiesto WILIS, percibir el lazo que une el juicio al mentado raciocinio de que es resultado”. LUIS MUÑOZ SABATÉ, ob. cit, pp. 194 y 195.

<sup>291</sup> “Por último, otro grupo de autores ha combatido abiertamente esa clasificación, atacándola en sus propias bases y demostrando que tanto la prueba llamada *artificial* como la que se denomina *no artificial*, necesitan del arte crítica, y, por lo mismo del *artificio de la razón*, a fin de apreciar la prueba. Y esta, que parece una objeción contra la terminología de *artificial* y *no artificial* aplicada a la clasificación, es algo más, pues constituye una objeción contra la importancia sustancial misma de esa distinción, sea que se la llame de un modo o del otro”. NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob, cit, p. 182; EUGENIO FLORIAN, *De las pruebas penales*, Temis, V.I, Bogotá, 1976, p. 182.

*iguales procesos discursivos tanto si son mediatas como si son inmediatas”.*

Conforme a lo anterior, se traduce que tratándose de los ejercicios de inferencias inductivas y deductivas que se realizan en el debido proceso penal, todos los fenómenos probatorios y medios de convicción cumplen la función de conducir al sujeto cognoscente de lo conocido hacia lo desconocido y por conocer, sin que sea necesario detenerse en la diferenciación entre pruebas directas y pruebas indirectas.

En efecto, todos los fenómenos probatorios de los que se ocupa FRAMARINO, esto es, los que tienen por referencia un objeto inmediato al delito o un elemento menos importante del mismo, o los que revelan referencias fragmentarias de aquel; y todos los medios de prueba de los que se ocupa DEVIS ECHANDÍA, valga decir, los que fueron senso-percibidos de manera inmediata o mediata por el juez; todos cumplen la función de conducir al sujeto cognoscente de lo conocido a lo desconocido por conocer; y en todos los eventos hace presencia la reflexión, el raciocinio, la abstracción, concreción, al igual que el análisis y síntesis a efecto de lograr la aprehensión reflejo de la verdad objetiva en su tránsito de reflejo y correspondencia hacia la verdad jurídica.

Conforme a lo anterior se comprende que en todas las inferencias inductivas y deductivas que conducen de lo conocido a lo desconocido, en las que se aplican máximas de experiencia, leyes de la lógica, ciencia, y criterios técnico científicos de apreciación de un determinado medio de convicción, no es una metodología que sea aplicable de manera exclusiva a los medios de prueba que se refieran en forma mediata o indirecta a la conducta objeto de interés punitivo.

Por el contrario, las dialécticas de reflexión, raciocinio, análisis y síntesis, como los ejercicios de sana crítica en orden a la heurística de la verificación, de igual son aplicables a los medios de prueba que se refieran al delito en forma directa o inmediata, de lo cual se deriva que si todos los fenómenos probatorios nos llevan de lo conocido a lo desconocido, que si a todos ellos a lugar a efectuarles dialécticas de reflexión, raciocinio y ejercicios de sana crítica, lo que se deriva es que no es dable diferenciar<sup>292</sup> entre pruebas directas e indirectas.

Por consiguiente, esa clasificación es intrascendente, toda vez que en tratándose de fenómenos probatorias, lo que para el caso concreto importa son los contenidos de realidad; contenidos que podrán ser *totales, completos, acabados, parciales, incompletos o inacabados*; contenidos de expresión que habrán de ser vistos en sus relativos dialéctico-cambiantes.

Asimismo, diferenciar las pruebas en directas e indirectas como lo considera DEVIS ECHANDÍA, para quien las directas son los fenómenos que el juez percibe directamente por la acción de sus sentidos, e indirectas las que percibe por la mediatización de testimonios, confesiones, documentos y dictámenes periciales, lo que traduce es una diferenciación no en función de los contenidos de la realidad objetiva que contengan, sino en función del juez, esto es, en dependiente del modo de su percepción.

En efecto, se trata de una clasificación que se proyecta como no esencial, habida razón que la esencia del proceso de conocimiento, no obstante la

---

<sup>292</sup> “Desde el punto de vista de la estructura de los procedimientos probatorios no hay, por tanto, ninguna distinción esencial entre prueba directa e indirecta, pues en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase y, en consecuencia tan “teñida subjetividad” puede estar la primera como la segunda. La idea de que la prueba directa es la que menos puede conducir a error judicial hay que “ponerla en cuarentena”. MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, pp. 86 a 90.

importancia del sujeto cognoscente, no gira alrededor de las exclusivas senso-percepciones del cognoscente, sino que por el contrario, cunden su razón de ser alrededor de las conductas dadas como objeto de conocimiento; esto es, alrededor del estado de conductas humanas, de cuya realidad objetiva y verdad objetiva, se derivan o no consecuencias jurídico penales.

Así las cosas, consideramos que la distinción entre prueba directa e indirecta es intrascendente, toda vez que para el conocimiento antes que importar la *mediatez o inmediatez* con que se refieren al delito, lo que en verdad interesa son las expresiones referidas al objeto de conocimiento; contenidos en proyecciones *de lo cuantitativo y cualitativo* a los que sin distinción alguna corresponde efectuarles dialécticas de reflexión, raciocinio, análisis, síntesis y ejercicios valorativos de sana crítica, a efectos del curso cognoscitivo de lo conocido hacia lo desconocido y por conocer.

Además, alrededor de lo que los tratadistas conciben y entienden por prueba directa e indirecta, se pueden construir varias discursivas teóricas, lo cual no ocurre con los conceptos que dicen relación con *lo total, lo completo, lo acabado, lo parcial, lo incompleto e inacabado*, vistos en relativos cambiantes, referidos a lo general, particular y singular de lo objetivo y subjetivo de la conducta objeto de interés penal y objeto de conocimiento.

Consideramos que respecto de los conceptos que adoptamos, diferenciados no a partir de las *formas, sino en cuanto a contenidos*, no se necesita de mayores discursivas para comprenderlos, toda vez que se derivan aplicativos y explicativos de las categorías *del todo y las partes*.

Se trata, pues, de expresiones acabadas o inacabadas que en la investigación penal se balancean al interior de la verdad relativa, procurando que la realidad objetiva y verdad objetiva se proyecten en reflejo en relaciones de correspondencia, y hagan tránsito hacia la verdad jurídica.

### **E.- De los errores de hecho y errores de derecho.-**

No obstante que en los contenidos de verdad jurídica interactúan contenidos de verdad sobre los hechos, verdad sobre las conductas y verdad sobre el derecho; conductas y derecho que como ecuación se proyectan inescindibles, en tanto es a la verdad sobre las conductas a la que se le debe aplicar la verdad sobre el derecho; ha menester matizar que de cara a los errores de hecho y errores sobre el derecho aplicado, ha lugar a efectuar las siguientes identificaciones, a saber:

En ocasiones, en punto del derecho aplicado, los jueces incurren en forma directa en *errores in iudicando*, esto es, errores de juicio o conceptuales, los cuales se erigen a partir de la verdad sobre las conductas, verdad sobre las pruebas, y sin que en los mismos incidan errores sobre los hechos, ni errores sobre las conductas.

Esta modalidad de *error in iudicando*, se identifica en casación penal como *violación directa de la ley sustancial*, la cual posee a las siguientes características:

En la violación directa de la ley sustancial, la censura casacional se ubica en exclusivas razones de derecho, esto es, se proyecta a discusiones puramente normativas, referidas a los contenidos de la lógica jurídico formal, y se consolida cuando los jueces en la sentencia de segunda

instancia vista en unidad inescindible con la de primer grado, hubieran arribado a errores en sentidos de falta de aplicación<sup>293</sup>, aplicación indebida<sup>294</sup>, o interpretación errónea<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> “Las exclusiones o inaplicaciones normativas, en relación a los hechos, pueden ser totales o parciales:

“El sentido de falta de aplicación –total- en relación a lo juzgado, tiene lugar, cuando por ejemplo, en los acápites motivos o considerandos de la sentencia, el juzgador, no obstante, haber aceptado y reconocido la existencia de la <duda> (de cara a la ausencia de certeza para condenar), en las resolutivas, contraviene e ignora el *in dubio pro reo*, aceptado; y culmina profiriendo sentencia condenatoria”. Así mismo, constituye falta de aplicación –parcial-, cuando el sentenciador, amen de reconocer la existencia de la confesión conforme a los imperativos normativos del art. 283 del C. de P.P., o de reconocer la atenuante de la ira, o temas de colaboración eficaz, en las resolutivas, inaplica dicha normativa y por ende deja de reconocer las reducciones de pena correspondientes”

“En amplitud conceptual, la falta de aplicación, -por vía directa- por inobservancia del precepto sustancial regulante del caso concreto, ha lugar, cuando el juzgador en la sentencia, al paso de haber aceptado y reconocido la existencia de alguna categoría normativa adjetivante de la conducta juzgada, recayente y aplicable sobre alguno de los extremos y contenidos estructurales de la conducta punible (*en punto de adecuaciones típicas, excluyentes de responsabilidad penal, antijuridicidad o culpabilidad en sentido positivo o excluyentes, de pena –dosificación, beneficios-, atenuantes o agravantes*; ignora lo así reconocido fáctica y jurídicamente por el mismo, y en las definitivas del fallo concluye en sentidos contrarios”

“2.- Cuando el juzgador en la sentencia, desconoce la norma que inequívocamente regula-recoge (aspectos totales o parciales) los hechos juzgados”. El desconocimiento, se realiza, ora porque yerra sobre la existencia o validez de la norma, porque erráticamente considera que nunca estuvo en vigencia, o porque la asume como derogada o declarada inexecutable. Ahora bien, si el juzgador, al paso que desconoce e inaplica la normativa sustancial que efectivamente corresponde a lo fáctico juzgado, también aplica una normativa vigente a la que no se adecuan los hechos; tal error, tiene una doble proyección, la una en punto de falta de aplicación, y su correlativa aplicación indebida”

“3.- Cuando el juzgador en la sentencia, desconoce e ignora la normativa sustancial, o adjetiva de efectos sustanciales que imperan los hechos juzgados, en razón a que yerra sobre la aplicabilidad en punto de sus límites temporales y/o de tránsito de leyes en el tiempo, ora porque erráticamente la considera no aplicable retroactivamente, o no aplicable ultra activamente”

“4.- Cuando el juzgador, ignora o desconoce los ámbitos de aplicabilidades sustanciales, referidas a los delitos de ejecución instantánea, de ejecución instantánea y de efectos antijurídicos permanentes, o de ejecución continuada o permanentes”

---

“5.- Cuando el juzgador, deja de aplicar en la sentencia, la normativa o normativas sustanciales aplicables a lo fáctico objeto de juzgamiento, porque se equivoca o desconoce o ignora los ámbitos de aplicabilidad territorial o extraterritorial de las leyes sustanciales aplicables a los nacionales o extranjeros”

“6.- Cuando el juzgador, en tratándose de dos normas, una general y otra especial, regulantes del caso concreto, desconoce el rango y preferencia de la regulativa especial sobre la general, o deja de aplicar la normativa de mayor jerarquía”  
GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *De la casación y la revisión penal, en el Estado constitucional, social y democrático de derecho*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2003, pp. 220, 221 y 222.

<sup>294</sup> “La aplicación indebida de la ley sustancial, supone la existencia de un error en la selección del precepto, falencia que conduce a que la imputación no guarde correspondencia con el tipo penal. Trátese de aquellos casos en los cuales la norma no contempla los hechos reconocidos por la sentencia. Por lo tanto, cuando se aduce que una norma no es la que comprende la situación jurídica sustancial que fue materia de juzgamiento, se impone acudir a la aplicación indebida, pues lo que en realidad se ha hecho por el juzgador, ha sido activar la norma inadecuada o mala escogencia, pues la disposición seleccionada se entiende abstractamente en forma correcta pero los hechos deducidos del proceso no se corresponden con los de la hipótesis legal escogida. Es un error de subsunción de unos hechos en una disposición legal que no los contiene, es un yerro en el que se incurre al establecer la relación de semejanza o de diferenciar entre el caso particular y el hecho hipotéticamente trazado por la norma. Dícese en últimas, que en este error de adecuación la norma aplicada, que tiene existencia y validez jurídica, no regula, no recoge los hechos juzgados. Es una falla de diagnóstico, de impertinencia de la ley al parangonarla con el caso concreto” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 14 de 2000, M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, Radicado 16.678.

<sup>295</sup> “En la interpretación errónea, se parte de que se acepta el precepto aplicado en cuanto es el que precisamente se vincula con el asunto concreto puesto que la norma elegida es la adecuada, pero que se yerra en su interpretación por cuanto se le da un sentido o un alcance que no tiene. El equívoco judicial aquí tiene que ver con el significado de la norma, con su contenido, mas no con su selección o escogencia. Por ello, en esta hipótesis, al deber de aceptar los hechos y las pruebas, se debe sumar la obligación de aceptar que la selección de la fuente formal en la que el juzgador resuelve el problema es la correcta, pues el error no recae en la selección de la norma, sino en su entendimiento, porque se le da un valor que trastoca su verdadero contenido, menguándolo o aumentándolo o en algunos extremos tergiversándolo (C.J.J. Sentencia del 11 de marzo de 1996, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar). El precepto seleccionado o escogido es el pertinente, pero se le atribuye un alcance y contenido que no tiene”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 14 de 2000, M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, Radicado 16.678..

Si en la violación directa de la ley sustancial solo se implican discusiones acerca de los sentidos de violación anotados, por exclusión, en esta modalidad no tienen cabida discusiones sobre los hechos, las conductas, ni confrontación sobre los medios de prueba en la forma como fueron acogidos, apreciados y valorados por los jueces<sup>296</sup>.

De lo anterior, se infiere que la formulación y sustentación de esta modalidad de violación recae en forma exclusiva y limitada sobre la norma o normas sustanciales, falencia frente a la cual corresponderá demostrar la falta de aplicación, la indebida aplicación o la interpretación errónea.

De otra parte, en punto del derecho aplicado, también, ha lugar a observar en forma *indirecta errores in iudicando*, modalidad que en casación penal se identifica como *violación indirecta de la ley sustancial*, la cual posee las siguientes características:

Como el concepto lo expresa, en la vía indirecta se llega a la violación de la ley sustancial, en los sentidos últimos de *falta de aplicación, aplicación*

---

<sup>296</sup> “Cuando el actor demanda en casación la violación directa de la ley sustancial, de modo expreso restringe su impugnación a razones de derecho, sea porque el juzgador dejó de aplicar la disposición sustancial que regía el caso, ora porque erró al aplicar la norma ajena a la controversia, o bien porque acertando en su escogencia, se equivocó en la interpretación de la disposición desnaturalizando su sentido”

“Siendo pues, sobre la norma sustancial que de modo directo se centra el debate en estos casos, de lógica resulta que la controversia no se extienda a cuestiones de hecho o probatorias para las cuales reserva el legislador el cuerpo segundo de la causal primera”

“Por estas potísimas razones, de modo pacífico como reiterado ha sostenido la doctrina que cuando el censor escoge la vía de la violación directa, es porque de antemano acepta los hechos de la misma forma como el juzgador los asumió o interpretó en la sentencia, haciéndose por ello incorrecto y contradictorio el confundir una y otra vía en un único cargo”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de marzo de 1993, M.P. Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA.



*indebida –mas no de interpretación errónea-*, en forma mediata, esto es, previo paso de errores en los que incurren los jueces sobre los medios probatorios referidos a la verdad sobre las conductas objeto de juzgamiento.

En la violación mediatizada se integran dos extremos, a saber: de una parte, error sobre los hechos o mejor error sobre las conductas, y error sobre el derecho, recayendo los primeros sobre los medios de prueba, los cuales pueden consistir en *errores de hecho derivados de falsos juicios de existencia*<sup>297</sup> (debidos a suposiciones o omisiones probatorias<sup>298</sup>); *falsos*

---

<sup>297</sup> “La jurisprudencia de la Corte tiene establecido que los errores de hecho por falso juicio de existencia en la apreciación probatoria que dan lugar a configurar la causal primera de casación, apartado segundo, por violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial; la consecuente invalidación del fallo de mérito y el proferimiento del que deba reemplazarlo, a los cuales se acude el demandante, se presentan cuando el juzgador deja de apreciar una prueba que obra materialmente en el proceso y es trascendente para la definición del asunto, o supone una que materialmente no obra en la actuación” (...)

“Asimismo, si lo que pretende noticiar es que el juzgador supuso la existencia de una prueba que materialmente no figura en la actuación, el demandante tiene por carga indicar el aparte del fallo donde se alude a dicho medio y demostrar al tiempo cómo de excluirse dicha consideración, resultan modificados los supuestos fácticos en que se sustentó el fallo, y por ende, la declaración del derecho en sentido sustancialmente distinto y opuesto a la contenida en su parte resolutive”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de agosto 4 de 2004, M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA, Radicado 20.681.

<sup>298</sup> “Los errores de hecho, por falsos juicios de existencia, conceptual y materialmente se consolidan a saber: 1.- Cuando frente a los hechos acaecidos y de los cuales se tiene historia fáctica, existente y consignada en el proceso, se desconocen o ignoran, y en su defecto, se falla en la sentencia, sin que hubiesen sido objeto de valoraciones probatorias. Este evento, en rigor de técnica de casación penal, se identifica como error de hecho en modalidad de falso juicio de existencia por ignoración de medios probatorios.”

“2.- Cuando el juzgador, pasa por encima de lo histórico-probado y, amen de ello, conjeturalmente supone instrumentos probáticas (sin existencia material singular en el proceso penal concreto), y por ende supone sus contenidos materiales; suposiciones ora de objetividades, ora de subjetividades, y suposiciones a las que se les integra valoraciones probatorias”.

*juicios de identidad*<sup>299</sup> (derivados de distorsiones o tergiversaciones probatorias), *falsos raciocinios*<sup>300</sup>; y *errores de derecho* (derivados de

---

“Este evento, en rigor de técnica de casación penal, se identifica como error de hecho, en modalidad de falso juicio de existencia por suposición de medios probatorios.” Al respecto, repetidamente, la Corte ha dicho: *“En efecto, el error de hecho se presenta en los siguientes casos: a.- Cuando se ignora la existencia de una prueba, esto es, cuando el medio de convicción obra en el proceso y el juzgador omite su apreciación; b.- Cuando se supone o presume una prueba, vale decir, cuando ella no obra en la actuación procesal y la decisión se toma con fundamento en la prueba imaginada por el juzgador”* (C.S.J. Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de julio de 1996, M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL). GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *De la casación y la revisión penal*, ob. cit. pp. 245 y 246.

<sup>299</sup> “Son de identidad, cuando el elemento probatorio es distorsionado en su contenido fáctico, bien porque se le hace decir mas de lo que su texto reza, menos de lo que su contenido encierra, o algo totalmente distinto de aquello que en realidad expresa”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 7 de octubre de 1997, M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, Radicado 10.115.

“En la concreta modalidad de error de hecho, alegado acá por el censor por falso juicio de identidad, se incurre, cuando el fallador, en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión por parte del juez, del contenido material del medio probatorio, bien porque se la coloca diciendo mas de lo que encierra, o haciéndose expresar menos de lo que el texto dice, insuficiente resulta, por demás, la mera relación de la prueba material a que se refiere el error, sino que es indispensable acreditar lo que ella objetivamente demuestra, para derrumbar la equivocada conclusión que en relación con el medio de prueba contiene el fallo atacado” (C.S.J. Sentencia de agosto 25 de 1994, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal del 10 de junio de 1998, M.P. Dr. CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

<sup>300</sup> “El error de hecho por falsos raciocinios, es una falencia de apreciación y valoración probatoria, que en un todo es dable diferenciarla de los errores de hecho por falsos juicios de existencia y de los errores de hecho por falsos juicios de identidad, como quiera que en esta modalidad los yerros del juzgador, no recaen, ni sobre la existencia jurídico material de la prueba, ni sobre su contenido o identidad”

“En su contrario, el error de hecho por falsos raciocinios, es un equívoco de valoración crítica, en tanto que *“supone el respeto por el contenido fáctico de la prueba, surge lógicamente en un momento posterior al de su contemplación material, y su demostración impone acreditar, en primer lugar, que la apreciación realizada por los juzgadores, se aparta de los principios de la lógica, los postulados de la ciencia, o las reglas de la experiencia; y en segundo término, que por razón de este yerro se llegó a una decisión contraria al ordenamiento jurídico”* (C.S.J. Sentencia del 31 de mayo de 2001, M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL)”

*falsos juicios de legalidad*<sup>301</sup>; errores que se presentan sobre la tangibilidad, apreciación, merito razonado y existencia jurídica de las pruebas que conducen a la violación fin de la ley sustancial en sus sentidos últimos de falta de aplicación y aplicación indebida.

---

“En efecto, en tratándose de esta modalidad de error, la prueba no se ignora, ni se supone, y a su vez, la identidad-contenido del medio probatorio, antes que distorsionarse o tergiversarse por el juzgador, se respeta y acoge, pero mediando equívocos de raciocinio incidentes en lo conclusivo y que se dan en desarrollo de los procesos inductivo-deductivos, de análisis y síntesis; falencias que se consolidan, por desconocimiento por parte del juzgador, ora de máximas de experiencia, de leyes de la lógica, leyes del mundo objetivo material; esto es de leyes de la ciencia del mundo natural y social”

“Por lo tanto, ha lugar a esta modalidad de error de hecho: Cuando el juzgador acoge como verdad, contenidos fácticos dicentes de un estado de hecho o de un estado de conductas y que se hubiesen consignado en medio o medios de prueba; registros estos, que de haberse atendido a específicas circunstancias de causa-efecto, de imposibilidad y no realidad, y de haberse atendido a singulares leyes de la lógica o de la ciencia, se había podido llegar a la conclusión, que no se les podía haber otorgado ningún valor probatorio”

“En esa medida, el error por falso raciocinio, *“surge cuando el fallador, en el proceso de evaluación racional de su mérito, o en la construcción de las inferencias lógicas de contenido probatorio, se aparta caprichosamente de las reglas de la sana crítica, declarando por virtud de ese yerro una verdad fáctica distinta de la que revela el proceso”* (C.S.J. Sala de Casación Penal, Sentencia del 31 de mayo de 2001, M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL). Germán Pabón Gómez, *De la casación y la revisión penal, en el Estado constitucional, social y democrático de Derecho*, ob. cit. pp. 266 y 267.

<sup>301</sup> “Sobre el entendido que el concepto de <prueba> o mejor de <medio de prueba>, (entendido como el instrumento legal que incorpora-traslada al proceso la percepción del estado de hechos y estado de conductas que interesa investigar, conocer y esclarecer), es una categoría normativa (en tanto que como medio nacerá y se formará durante el proceso y pertenecerá a él), reglada constitucionalmente y procesalmente con normas de garantía, en cuanto a sus expresiones de obtención,, esto es, de aducción, producción e incorporación; se comprende entonces, que ha lugar a errores de derecho en relación a las pruebas, cuando el juzgador contrariando y desconociendo las normativas que gobiernan las pruebas, aprecia y otorga valor y fuerza probante a los contenidos dados en un medio de convicción, que se hubiese obtenido, producido o incorporado, en forma, ora ilícita, ora ilegal ora irregular o inoportuna”. GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *De la casación y la revisión penal*, ob. cit. p. 395.

En la violación indirecta de la ley sustancial se implican dos discusiones como demostraciones eslabonadas a saber: de una parte, la acusación y confrontación de los errores o *violaciones medio* incurridos por los juzgadores sobre los medios de prueba; y de otra, la conducencia y trascendencia de estos equívocos incidentes en la *violaciones fin* de la ley sustancial, en sus sentidos últimos de falta de aplicación o aplicaciones indebida de la ley sustancial.

**F.- De la verdad jurídica y los fenómenos probatorios con expresiones acabadas e inacabadas.-**

Las expresiones de *lo total y lo parcial, lo completo e incompleto, lo acabado y lo inacabado*, suministran una significación conceptual referida a los relativos *de la unidad*, bajo la aprehensión en sentido que *la unidad* es el *todo y las partes*, o mejor es el *todo y sus aspectos* que lo integran.

La correlación de todo habrá de respetar el principio de unidad o identidad de los indistintos objetos de conocimiento de los universos naturales y sociales en cuanto a sus generalidades, particularidades y singularidades concretas y determinadas.

Tratándose de los objetos de conocimiento de que se ocupa el proceso penal, estos habrán de verse no conforme al todo y partes que conforman un crucigrama o rompecabezas, sino conforme al todo y aspectos que se integran alrededor de la unidad jurídico sustancial del injusto penal.

En otras palabras, la verdad jurídica vista en su unidad conceptual se halla integrada no por partes, sino por aspectos que dicen relación con la unidad, aspectos y contenidos de la lógica jurídica formal, y de otra, con la unidad y aspectos de la lógica material.

En aplicación de estos conceptos a las categorías de delito y verdad jurídica, podemos afirmar: Que el delito o injusto penal constituye un todo en la que interactúan contenidos dados en la unidad de los extremos de la lógica jurídico formal con la unidad de los contenidos de la lógica material; pudiéndose identificar al interior de los primeros, la unidad de lo típico, antijurídico y culpable, y los límites o alcances que la jurisprudencia variada o unificada de la Sala Penal de la Corte, la cual se halla integrado al postulado del imperio de la ley, hubiera fijado a las categorías de que se trate; e identificándose al interior de los segundos, la unidad esencial de la conducta en la que interactúan la unidad de contenidos *objetivos* y *subjetivos* de la misma; unidad de la lógica formal y lógica material que deberá expresarse a través de una unidad fenomenológica probatoria.

La unidad fenomenológica es la que expresa, muestra, refleja, revela la unidad esencial del delito, y como toda unidad está compuesta por aspectos que de manera individual y de conjunto se integran y complementan.

Los fenómenos en perspectiva de lo formal se consolidan en medios de prueba que hacen presencia al interior del debido proceso penal, y desde lo material sus contenidos podrán tener expresiones acabadas o inacabadas, referidas a lo objetivo o subjetivo de la conducta de que se trate.

Ahora bien, los medios de convicción vistos de manera individual y de conjunto, en ocasiones no muestran, no reflejan, no dan a conocer en forma total o completa la unidad esencial de la conducta objeto de interés penal, sino que por el contrario, sus contenidos de cara a lo esencial se quedan en lo parcial, lo incompleto, en lo inacabado.

De los anteriores eventos, emergen las categorías de verdad jurídica acabada y verdad jurídica inacabada.

Conforme a las categorías de fenómeno y esencia de que se ocupa ROSENAL<sup>302</sup>, nos atrevemos a afirmar que: El objeto de conocimiento del debido proceso penal además de lograr la realización de la prevalencia del derecho sustancial, debe su finalidad al objetivo de descubrir y verificar detrás de lo externo que expresan los fenómenos probatorios, lograr la aprehensión de los aspectos esenciales del delito, esto es, descubrir y verificar los aspectos ocultos e internos del mismo en cuanto a particularidades y singularidades subjetivas y objetivas, de modo, tiempo, espacio y lugar que dicen relación con la existencia o no de la unidad esencial del delito denominada conducta humana, para que como realidad objetiva, verdad objetiva y verdades fácticas se hagan las correlativas

---

<sup>302</sup> “El fenómeno y la esencia, expresan la compleja unidad de los aspectos internos y externos de los objetos y procesos de la realidad objetiva. En cuanto categorías del conocimiento, reflejan la unidad dialéctica de los grados sensible y racional del proceso cognoscitivo, que revela la esencia profunda de las cosas, sobre la base de la práctica”

Y agrega: “Para el materialismo dialéctico, la esencia y el fenómeno son dos aspectos indisolublemente vinculados de la realidad objetiva; uno de ellos, el aspecto interno (la esencia), no puede manifestarse sino a través del aspecto externo (el fenómeno)”.

“Ahora bien, los dos aspectos no coinciden nunca plenamente en el modo de manifestarse, y es precisamente esta falta de coincidencia lo que hace necesario el proceso mismo del conocimiento científico. En efecto, la ciencia no tiene otro fin que descubrir detrás de lo externo, de tras de lo que se percibe inmediatamente, el fundamento, la esencia de las cosas; es decir, el otro aspecto, el aspecto oculto e interno”

“La esencia es el aspecto interno, relativamente estable, de la realidad objetiva, que permanece oculto tras la superficie de los fenómenos y que se manifiesta a través de ellos”

“El fenómeno es el aspecto externo mas movible y cambiante de la realidad objetiva, que constituye la forma de manifestarse la esencia”. ROSENAL Y STRAKS, *Categorías del materialismo dialéctico*, México, Editorial Grijalbo. 1965, p. 55.

declaraciones de verdad jurídica y se aplique el derecho sustancial que corresponda.

La declaración de verdad jurídica en lo que se refiere a las expresiones probatorias que la soportan, podrá llegar a comportar contenidos en proyecciones de lo total, lo parcial, lo acabado o lo inacabado.

En el injusto penal, tras lo externo de los fenómenos que lo revelan, reside la conducta que lo identifica de manera concreta. En las expresiones de la conducta concurren aspectos esenciales, no esenciales, principales, accesorios o secundarios, los cuales conforman un todo relativo. Estos aspectos son reflejados por una unidad probatoria. Estos fenómenos entendidos como eslabones intermedios con expresiones acabados o inacabados, deben hallarse ligados de manera indisoluble a la unidad esencial o conducta que se trata de expresar.

Así pues, la unidad esencial del delito en cuanto a su extremo subjetivo (*en el que interactúan procesos cognoscitivos, ideo-representativos, motivacionales, finalísticos y de voluntad*) y extremo objetivo (*de causas, efectos, resultados consumados, tentados, medios e instrumentos, etc.*), se da a conocer a través de fenómenos, los cuales como eslabones intermedios y aspectos de ese todo con contenidos acabados o inacabados se entrelazan por nexos internos, externos, empatías, o correspondencias. Se trata de relaciones en las que no se descarta contradicciones o exclusiones entre los mismos, y como fenómenos singulares en una visión de conjunto llegan a conformar la cadena fenomenológica, la cual puede llegar a ser acabada o inacabada.

En relación con la verdad jurídica y sus contenidos, podemos colegir que cuando el juzgador en la fase de verificación descubre que la unidad esencial del delito se ha revelado en proyecciones de lo acabado por los

contenidos de una cadena de fenómenos o reflejos probatorios, se encontrará ante la verificación de las hipótesis de responsabilidad penal o exclusiones de la misma.

Por el contrario, cuando los fenómenos proyectan contenidos parciales, incompletos, inacabados, o se encuentre con eslabones excluyentes, contradictorios, solitarios sin conexidades en lo externo e interno, como es de suyo se hallará ante el estadio cognoscitivo de la infirmación de las hipótesis.

La cadena fenomenológica a que hemos hecho referencia es concreta, variable y cambiante, como variables, cambiantes y concretos son las conductas objeto de conocimiento.

Por tanto, a efecto de discernir cuándo se ha conformado una cadena completa, incompleta, acabada o inacabada, habrá de tenerse en cuenta lo variable, cambiante y concreto de la conducta investigada y juzgada; de ahí la razón por la que utilizamos los conceptos *de unidad esencial* y *unidad fenomenológica*, toda vez que *lo esencial* es lo propio, lo que caracteriza e individualiza al objeto, y como singularidad esencial permite diferenciarlas de otras; y *lo fenomenológico* es lo que expresa, muestra, refleja o da a conocer lo esencial.

Advertimos que al interior del concepto de unidad esencial del delito en la que se comprende la conducta en sus aspectos subjetivos y objetivos, valga decir, unidad *de lo típico, antijurídico y culpable*, por correlación de la unidad de contrarios, también habrán de verse los aspectos que dicen relación con la no ocurrencia de la misma, exclusiones de autoría, participación, atipicidad, justificaciones y los eventos de inculpabilidad, etc.



Así las cosas, cuando en el proceso cognoscitivo del debido proceso, la unidad esencial y unidad fenomenológica se corresponden, se forma la *unidad dialéctica*, categoría que en lenguaje probatorio significa *unidad probatoria o cadena probatoria*.

La unidad dialéctica proyecta verificaciones o infirmaciones acabadas acerca de la existencia o no existencia de un estado de conductas. En esta, la realidad objetiva y verdad objetiva en proyecciones de lo completo constituye el soporte de la verdad jurídica y sus correlativas valoraciones conceptuales.

Por el contrario, cuando la unidad esencial y unidad fenomenológica no se correspondan, no podrá hablarse de unidad dialéctica, ni de unidad probatoria, y ante la presencia de una cadena incompleta o inacabada, esto es, ante la presencia de vacíos, dudas, lagunas o eslabones sueltos, solitarios o inconexos, se estará simplemente ante lo probable o probabilidad.

### **G.- De la probabilidad.-**

Conforme a la dialéctica se comprende que a la verdad se arriba tras la superación de errores. Esa transitividad traduce que en todo proceso de conocimiento, error y verdad se superan, dinamizan y siguen su avance de mayor aproximación hacia la verdad objetiva.

La superación dialéctica *“manifiesta, el carácter relativo de la oposición entre la verdad y el error”*, lo cual *“demuestra la índole dialéctica del desarrollo del conocimiento científico”*; denotándose que *“se trata de una*

*oposición interna del proceso dinámico del pensamiento en su camino hacia la verdad objetiva*<sup>303</sup>.

En el proceso penal, entendido como proceso de aprehensión de una realidad objetiva y verdad objetiva para que haga tránsito hacia la verdad jurídica, también, tiene lugar la dinámica de la verdad y el error.

En el camino hacia la verdad jurídica es dable que concurren errores de hecho o derecho, los cuales pueden surgir derivados de falso juicio de existencia, falso juicio de identidad, falso raciocinio, falso juicio de legalidad, pero lo importante es la transformación y superación de los mismos a efecto de la consolidación de las mayores aproximaciones a la verdad jurídica.

Si bien es cierto, en el proceso de conocimiento, los estadios de verdad y error se manifiestan en carácter relativo de oposición, ello no significa que entre la verdad y error exista el tercero intermedio de la *probabilidad*, tal como acepta y considera la lógica formal de las probabilidades<sup>304</sup>.

Bajo la precisión en sentido que la probabilidad *no es un estadio intermedio*<sup>305</sup> *entre la verdad y el error*, y la concreción en sentido que la

---

<sup>303</sup> P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit., p. 483.

<sup>304</sup> Cfr. MORRIS COHEN Y ERNEST NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico*, ob. cit. pp. 184 y 185.

<sup>305</sup> “De hecho en el proceso discursivo no hay nada intermedio entre la verdad y el error. El pensamiento puede desarrollarse bien en dirección a la verdad objetiva, bien en dirección del error. Es cierto, sin embargo, y así lo hemos indicado ya, que en el proceso verdadero puede haber elementos de falsedad y en el error algunos aspectos verdaderos; sin embargo, la existencia de lo ilusorio en lo verdadero y de lo verdadero en lo falso no crea nada intermedio entre la verdad y el error como dos procesos del desarrollo discursivo; distingue tan solo el carácter complejo y contradictorio de la propia verdad como proceso”.

---

“Afirmar que entre la verdad y el error hay algo intermedio, la probabilidad, puede llevarnos a la representación agnóstica de que la verdad, en general, es inaccesible. Esto lo hacen los positivistas modernos que, al principio, declaran probable todo nuestro conocimiento sobre el mundo exterior, pero niegan luego el contenido objetivo de la probabilidad. Opinan que la probabilidad no tiene relación con la verdad, que es algo intermedio entre la verdad y el error. Russel escribe, por ejemplo: “el que todo conocimiento humano, es dudoso en mayor o menor grado constituye una doctrina, proclamada aun por los escépticos y la Academia en su periodo escéptico, y que la antigüedad nos legó”.

Y puntualiza: “La probabilidad no caracteriza el contenido objetivo del juicio, sino que determina el grado de su argumentación de su posible demostración” (...) “La probabilidad expresa directamente la relación lógica del juicio dado con otros juicios, cuya veracidad ha sido establecida, pero no la relación entre el juicio y la realidad objetiva”

“La modificación (el aumento o la disminución) del grado de probabilidad de un juicio no supone ningún cambio en su contenido objetivo, no conduce ni a la disminución ni al aumento de sus factores objetivamente verídicos, ni a que el conocimiento se depure de factores ilusorios. Por ejemplo, si la ciencia descubre un nuevo argumento a favor de la tesis de que «en Marte hay seres vivos», la probabilidad de este juicio aumentará, mas no se producirá ningún cambio en su contenido objetivo, no se verá incrementado en modo alguno por nuevos elementos, seguirá siendo el mismo aunque se modificará nuestra relación con él; por ello conviene diferenciar en el desarrollo del conocimiento el paso del error a la verdad, del tránsito de lo probable a lo fidedigno. En el primer paso se modifica radicalmente el contenido propio del conocimiento, varía la imagen cognoscitiva, es decir de la imagen que deforma la realidad se pasa a una nueva imagen que refleja la naturaleza material del objeto tal como existe al margen de nuestra conciencia (...)

“Cuando se pasa de lo probable a lo fidedigno, el contenido objetivo de la imagen cognoscitiva no varía en lo fundamental, permanece el mismo (ya verdadero, ya falso), pero el sujeto pensante adquiere conciencia de que su conocimiento es verdadero o falso y por ello cambia su actitud frente a él”.

Y agrega: “Lo fidedigno y lo probable no caracterizan el contenido del conocimiento, sino el grado, el nivel de su capacidad de demostración. La confusión de lo probable y lo fidedigno con el error y la verdad se debe al desconocimiento de la esencia gnoseológica y del valor de las demostraciones”

“Lo probable y lo fidedigno están vinculados con lo verdadero. Lo probable es el conocimiento en un grado de exactitud y argumentación; y lo fidedigno, de otro superior. En la dinámica del pensamiento lo probable se convierte en fidedigno y lo fidedigno origina una nueva probabilidad. En este sentido la probabilidad desempeña un papel activo en el dominio del objeto, en la aprehensión de sus propias cualidades. El juicio probable -al expresar un determinado nivel del conocimiento del objeto, su aprehensión hasta ciertos límites- es el camino que nos

probabilidad no es equivalente a la verdad, ni equivalente al error, téngase en cuenta que tratándose de las probabilidades que surgen en el proceso de conocimiento del debido proceso penal, lo que estas proyectan son expresiones inacabadas o incompletas de la cadena fenomenológica probatoria, de las cuales se pueden derivar grados de argumentación como probabilidades en sí consideradas, pero nunca verdades acabadas, ni plenitudes demostrativas respecto de las conductas de que se trate.

Las probabilidades de cara a los conceptos jurídicos, como grados de argumentación pueden llegar a darse con referencia a todas las categorías que adjetivan la conducta humana.

Téngase en cuenta que en derecho penal todas y cada una de las categorías que califican la conducta punible, por virtud de la dialéctica de contrarios, encuentran su categoría que las niega, a saber: (a) existencia-inexistencia del hecho, (b) imputabilidad–inimputabilidad, (c) existencia de adecuación típica–inexistencia de adecuación típica, (d) existencia de autoría y participación–inexistencia de autoría y participación, (e) existencia de adecuación antijurídica–existencia de conducta justificada, (f) existencia de adecuación culpable–existencia de conducta inculpable, (g) existencia de agravantes–inexistencia de agravantes, (h) existencia de atenuantes–inexistencia de atenuantes; entre otras.

Pues bien, si aquellas son, entre otras, las categorías sustanciales que tienen su contrario que las niega; tenemos que las probabilidades se derivarían de las mismas, serían: (a) probabilidad de autoría (psicofísica o material, intelectual, mediata, coautoría) y probabilidad de participación

---

lleva a la verdad objetiva en su aspecto más completo y definitivo". P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit., pp. 498, 499, 500 y 501.

(complicidad, interviniente, determinador); (b) probabilidad de conducta típica; (c) probabilidad de conducta antijurídica; (d) probabilidad de conducta culpable, etc.

Es necesario precisar que las probabilidades que como grados de argumentación puedan surgir, éstas no se derivan de lo descriptivo, ni del concepto tratado como categoría que adjetiva la conducta punible.

Por el contrario, se desprenden de las probabilidades fácticas en las que se implican vacíos, lagunas e insuficiencias probáticas. Hablando de probabilidades están pueden proyectarse hacia todas las categorías que califican la conducta humana. En esa medida, lo probable traduce lo parcial, lo incompleto, lo inacabado, y como probabilidades probatorias indican insuficiencias en cuanto a los reflejos de la realidad material objeto de conocimiento.

Cuando se señala que entre la verdad y el error no existe el tercero intermedio de lo probable, y que los juicios de lo probable no se derivan de lo estipulado en la categoría descriptiva de que se trate, se significa con puntualidad que en el universo de la dogmática penal sustancial, *no existen, no tienen cabida conceptual, ni jurídico descriptiva*, las categorías de *probabilidad de autoría, probabilidad de adecuación típica, probabilidad de conducta homicida, probabilidad de dolo, ni probabilidad de imprudencia, etc., etc.*

Esas probabilidades son concepciones atípicas y constituyen un adjetivo imposible para el derecho penal sustancial. En efecto, aquellas valoraciones, por así decirlo intermedias, no hacen parte de los tópicos, ni de los sistemas de la dogmática penal.

Por el contrario, lo que existen son los conceptos formales y materiales de autoría o no autoría, sin que entre los mismos tenga cabida a la probabilidad de autoría. A su vez, lo que existen son los calificativos de adecuación típica y conducta atípica, sin que entre los mismos haya cabida a la probabilidad de adecuación típica. Así mismo, lo que existen son las valoraciones de conducta dolosa e inexistencia de dolo, sin que entre ellos haya espacio discursivo para hablar de la probabilidad de dolo, etc., etc.

Conforme a las anteriores reflexiones se demuestra que entre la verdad y el error, *la probabilidad* no existe como tercero intermedio<sup>306</sup>; postulado que se torna aplicable al derecho penal, en donde no tienen cabida típica ni sistemática, *los probables sustanciales*, toda vez que “*los probables de adjetivación sustancial*” y cualquiera fuera la probabilidad a la que se intentara hacer referencia argumentativa y atributiva, en sí, no hacen parte de los universos del derecho penal, de las particularidades, ni singularidades de la dogmática penal.

Si la probabilidad no caracteriza, ni identifica los contenidos objetivos del juicio que se realiza; si la probabilidad contrae vacíos e insuficiencias, y si aquellas surgen de los contenidos inacabados de las pruebas y se proyectan hacia todas las categorías descriptivas del derecho penal; es de consecuencia afirmar que las dudas resultantes de la probabilidad se consolidan en el postulado universal del *in dubio pro reo*.

---

<sup>306</sup> En opinión contraria, ORLANDO ALFONSO RODRÍGUEZ, escribe: “Probable.- Es concepto intermedio entre la certeza y la imposibilidad. Depende del grado que puedan sucederse actos y hechos realmente, es fluctuante y evidente; interpreta el acontecimiento en sentido positivo o negativo, sin dejar de lado las imprescindibles contingencias”. ORLANDO ALFONSO RODRÍGUEZ, *La presunción de inocencia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2ª Edición, Bogotá, 2001, p. 79.

Los Profesores FRAMARINO<sup>307</sup>, ROMANOSSI<sup>308</sup>, BRICHETTI<sup>309</sup>, MITTERMAIER<sup>310</sup>, PIETRO ELLERO<sup>311</sup>, SENTIS MELENDO<sup>312</sup> y MUÑOZ SABATÉ<sup>313</sup>, se refieren a la proba-

---

<sup>307</sup> "Objetivamente, la probabilidad no tiene por contenido la simple verdad, como ocurre con la certeza, sino que presenta un objeto múltiple, pues tiene por objeto los motivos de mayor entidad y que confluyen a la afirmación, junto con otros motivos de menor importancia que se apartan de la afirmación" (...).

"¿En qué consiste subjetivamente la probabilidad? Consiste en la percepción de motivos convergentes y divergentes, todos los cuales se consideran dignos, en la medida de su diferente valor de ser tenidos en cuenta. De ese modo es fácil establecer ya la diferencia entre la probabilidad de un lado, y la certeza con motivos divergentes del otro. La probabilidad ve los motivos convergentes y los divergentes, y los considera a todos dignos de ser tenidos en cuenta, aunque mas los primeros que los segundos. En cambio, la certeza supone que los motivos divergentes de la afirmación no merecen racionalmente ser considerados, y por lo tanto afirma"

"Como en la acción de probabilidad hay motivos convergentes y motivos divergentes, todos los cuales son tenidos en cuenta, a medida que crecen los motivos convergentes y que disminuyen los divergentes, aumenta la probabilidad, y viceversa, a medida que disminuyen los motivos convergentes y crecen los divergentes, disminuye la probabilidad".

Y puntualiza: "La probabilidad es, pues, graduable, pero la graduación no puede ser determinada mediante términos fijos, ya que el número de motivos que en abstracto puede presentarse es indefinido; y en cuanto los motivos que en concreto son tomados en cuenta, ante todo hay en ellos algo indeterminado que escapa a la adición numérica, pues no es solo el número de motivos lo que determina el grado de probabilidad, sino especialmente su importancia, que es un valor lógico, no susceptible de determinación aritmética". *Nicola Framarino dei Malatesta, Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob. cit., t. I. pp. 60. 64, 69 y 70.

<sup>308</sup> "la afirmación o negación de la existencia de una cosa, en cuanto no excluye la duda de lo contrario. La probabilidad se podría definir como una afirmación por razones insuficientes" ROMANOSSI, citado por GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, ob. cit., p. 16.

<sup>309</sup> "La probabilidad hace nacer en el ánimo la «presunción» que puede definirse con ROMANOSSI como «un juicio más o menos probable de la existencia o no existencia de un hecho, en vista de un acostumbrado modo de ser o de operar de determinados agentes o de determinadas circunstancias". GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, ob. cit., p. 21

<sup>310</sup> "Conviene distinguir muy bien la probabilidad de a certeza. Hay probabilidad, cuando la razón apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero solo en el caso que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido. Resulta la probabilidad, o de que las pruebas que debieran por sí mismas establecer a verdad no se presentan a primera vista con las

bilidad desde distintas perspectivas, pero en su conjunto coinciden en que la probabilidad obedece a grados de argumentación, en los que de cara a la demostración, coexisten motivos convergentes y divergentes hacia un punto especial o varios en particular o respecto al conjunto en general. Se trata de grados de argumentación que pueden conducir a la certeza<sup>314</sup> y a

---

condiciones necesarias, o de que, en oposición a los motivos suministrados por ella, existen otros también muy fundados en sentido contrario, o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos, que a pesar de su reunión, no son todavía bastante poderosos para producir la certeza”

Y agrega: “En ninguno de estos casos puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda y la conciencia no puede la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda y la conciencia no puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario”. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ob. cit. p. 78.

<sup>311</sup> “Todo lo humano sabido y todas las ciencias en particular, constan análogamente no solo de datos ciertos, sino también de probables (...) De hecho un caso es probable en cuanto al ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter. A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge. Hay, pues, un íntimo lazo entre ambas”. PIETRO ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales a tratado de la pena en materia penal*, 6ª ed., Madrid, Reus, 1968. p. 14.

<sup>312</sup> “el concepto de probabilidad no es en realidad un concepto cuantitativo de prueba, pero ayuda a valorarla, y por eso lo incluimos como un tramo de ese camino que ha de llevarnos a la prueba plena, perfecta o completa, que es la única que hubiera de hablarse como verdadera prueba, por mas que en su plenitud, completud o perfección, haya siempre bastante de relativo”. SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba*, ob.cit. p. 296.

<sup>313</sup> “Con ello llegamos a un estadio probabilística, de mayor o menor intensidad, pero que no desdice ni merma su propia naturaleza. Se trata en definitiva de un juicio o dictamen que se apoya en un motivo de peso, sin excluir jamás el temor de que lo contrario sea cierto” (...) “y solo podemos concluir arguyendo que el juez se halla en cada caso más o menos convencido de una afirmación controvertida, lo cual es lo mismo que aducir que se halla correlativamente menos o más convencido de la afirmación opuesta”. LUIS MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ob. cit., pp. 62 y 65.

<sup>314</sup> “Por lo anterior se ve que en la material en que nos ocupamos, es decir en material penal, aunque la certeza no es la probabilidad, como lo hemos demostrado, no obstante la probabilidad es el camino mas frecuente de la certeza. Comenzamos por tomar en cuenta motivos para creer y motivos para no creer, es



las pruebas acumulativas de certeza<sup>315</sup>, pero que como argumentaciones probabilísticas no son certeza.

De las convergencias y divergencias que se presentan al interior de la probabilidad, las cuales proyectan contenidos probatorios parciales e inacabados respecto de la realidad objetiva objeto de conocimiento, y soportan *motivos para creer y no creer*, se puede inferir que:

Los grados de argumentación de la misma de cara a la demostración de que se trate, se proyectan como no concluyentes, quedándose la cognoscibilidad en valoraciones no graduables en términos fijos, precisos, ni menos matemáticos, *de lo más o menos aproximativo*.

En esa medida, de la probabilidad con sus grados no medibles de argumentación *de lo más o de lo menos*, sólo pueden derivarse dudas probatorias.

Si bien es cierto que la probabilidad puede conducir a la certeza, ello no traduce que sea ni constituya la certeza misma. Por tanto, conforme a

---

decir, comenzamos por la probabilidad y rechazando luego los motivos para no creer, pasamos a la certeza" (...)

"La probabilidad no entra, pues al servicio de la investigación criminal sino legitimando la facultad que tiene el Estado de investigar (*potestas inquirendi*), o como un primer paso hacia la certeza. Este segundo caso se verifica cuando a la prueba de la probabilidad, que presenta motivos que inducen a la creencia y motivos que apartan de esta, se agrega otra prueba que descarta los motivos divergentes de la creencia; y de esto modo se tiene, en conclusión, lo que nosotros denominamos prueba acumulativa de la certeza, vale decir, ese conjunto de pruebas que, al originar la certeza, pueden servir de legítima base a la sentencia condenatoria". NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob. cit, T.I, pp. 67 y 68.

<sup>315</sup> Cfr. SIMÓN YOUNES JERÉZ, *Credibilidad y certeza en la prueba judicial*, Leyer, Bogotá, 2001, p. 180.

probabilidades que comporten dudas no ha lugar a proferir sentencia condenatoria<sup>316</sup>.

En la probabilidad los grados no cuantificables *de lo mas o menos probable* no dependen del *quantum* de las fenómenos, sino de los contenidos a favor y en contra, de lo cual se colige, que la verdad y certeza no traducen equivalencias a la probabilidad, pues, *“la verdad, como la probabilidad, no puede ser considerada”* como *“el simple agregado, como de una pieza junto a otra,”*, ni *“como la simple suma aritmética de los datos probatorios, sino como el resultado de su conexión intrínseca, de su reducción a una unidad orgánica”*<sup>317</sup>.

De otra parte, teniendo en cuenta que la probabilidad no es dable graduarla mediante términos fijos, ni numéricos, toda vez *“que el numero de motivos que en abstracto”*<sup>318</sup> *“pueden presentarse, es indefinido”*<sup>319</sup>, ni

---

<sup>316</sup> “Pero, si en cuanto a los hechos ordinarios de la vida está bien que el hombre confíe en criterios que, por mas cuidadosos que sean, siempre tienen la condición de simplemente probables, no puede decirse que eso sea aplicable en la comprobación del hecho criminoso que se supone efectuado, ni que pueda permitirse cuando se trata de ejercer la sagrada y terrible función de la justicia penal, sagrada y terrible porque es una función divina en manos del hombre. Si pudiésemos condenar siguiendo juicios simplemente probables, la justicia penal, como ya lo hemos dicho, perturbaría la conciencia pública aún mas que el delito mismo, pues los ciudadanos honrados y pacíficos, mas que de las agresiones comunes de los delincuentes, se sentirían víctimas de las que son mas aterradoras por cuanto son irresistibles, esto es, las que les irrogaría la que a sí misma se diera el título de justicia pública. La certeza y nada fuera de la certeza como estado de ánimo, debe ser siempre lo que ha de servir de base a la condena”. NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob.cit., p. 66.

<sup>317</sup> GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, ob. cit., p. 9.

<sup>318</sup> “La posibilidad abstracta se manifiesta en las condiciones más generales de la aparición de un fenómeno; se expresa, asimismo, en las condiciones más generales de la acción de las leyes en que se funda dicha posibilidad. Sin embargo, para que la acción de estas leyes, adoptando una forma concreta, sea una posibilidad real – no meramente abstracta- se requiere que haya también, además de las condiciones generales, unas condiciones necesarias concretas. Por esta razón, la posibilidad real, por oposición a la abstracta, es la posibilidad de que surja un fenómeno en un

tiene sentido hablar de cantidades de prueba<sup>320</sup>, ello no significa que en el proceso de conocimiento no pueda apreciarse y valorarse el aumento o disminución de la probabilidad, sin llegarse a lo incierto de clasificarla como, *lo probable, probabilísimo, o menos probable*, pues como lo señala KOPNIN:

*“la modificación, el aumento o disminución del grado de probabilidad de un juicio no supone ningún cambio en su contenido objetivo, no conduce ni a la disminución ni al aumento de sus factores objetivamente verídicos, ni a que el conocimiento se depure de factores ilusorios”<sup>321</sup>.*

En otras palabras, significamos que el aumento o disminución de la probabilidad no cambia el contenido objetivo de la misma.

Empero, ese crecimiento o decrecimiento lo que sí cambia es la relación subjetiva del investigador con la posibilidad de demostración de lo que se

---

tiempo dado y en determinada situación concreta” ROSENAL Y G.M. STRAKS, *Categorías del materialismo dialéctico*, Grijalbo, México, 1965, p. 236.

<sup>319</sup> NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob. cit., p. 70.

<sup>320</sup> “Cualquier clasificación de la prueba puede tener una justificación, aunque algunas de ellas muy relativa; pero no la puede tener nunca la clasificación por razón de la cantidad, de la intensidad o de la dosis de la prueba. *No tiene sentido hablar de prueba incompleta*; la homeopatía no debiera tener aplicación al proceso probatorio. Puede haber medios de prueba, elementos de prueba, que no produzcan el resultado que se buscaba: verificar las afirmaciones. *Cuando se habla de prueba, en su sentido global y general, sólo se puede tratar de la prueba plena, o completa, capaz de producir la convicción. Hablar de prueba incompleta es un contrasentido, porque la prueba o es total o y plena o no es nada; al menos no es prueba*; será a lo sumo la expresión de una situación que pueda determinar, como luego veremos, una resolución del juez; los elementos probatorios, solo cuando produzcan la convicción del juez, podrá calificarse de prueba plena, que es la única que merece el nombre y tiene el carácter de tal”. SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba*, ob. cit., p. 84.

<sup>321</sup> P. V. KOPNIN, *Lógica dialéctica*, ob. cit., pp. 499 y 500.

trate; relación en la cual como expresa MUÑOZ SABATÉ, produce el efecto en sentido de que el juez se balancee entre los extremos del *“más o menos convencido de una afirmación controvertida, lo cual es lo mismo que aducir que se halla correlativamente menos o mas convencido de la afirmación opuesta”*<sup>322</sup>.

Si el juzgador llega a este estadio, puede afirmarse que se encuentra ante una relación subjetiva, dicente, pero abstracta, indeterminada e incierta, y lo es así, *porque en la probabilidad, cualquiera fuere el grado o nivel, en el que se la quisiese clasificar, en los contenidos fácticos, que fundamentan los grados de argumentación de la misma; no hay certezas, no hay plenitudes probatorias, todo lo contrario lo que existen son las dudas y, ante la presencia de los in dubio pro reo, no podrá fundarse con justeza una sentencia condenatoria*<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> LUIS MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ob.cit, p. 65.

<sup>323</sup> “De todas maneras, *la probabilidad no es certeza*, y si al hablar de probabilidad puede admitirse una graduación de pruebas, esta última debe ser rechazada en absoluto cuando se habla de certeza”

“Por lo que hace relación a las pruebas de probabilidad propiamente dichas, pueden también considerarse graduables, *pero no debemos olvidar que ellas no pueden servir de fundamento a la afirmación de culpabilidad*, sino cuando se presentan como elementos de prueba acumulativa de certeza. De lo cual se sigue que cuando se habla de afirmación de culpabilidad, se supone siempre que se trata de pruebas de certeza, sea individual o acumulativamente; *y como no existen pruebas semiplenas de certeza*, se deduce una vez mas que *sin prueba plena, no se puede nunca condenar a nadie*”

Y agrega: “Pero no debemos creer que estas son simples cuestiones académicas, pues las medias pruebas que se condenan en nombre de la lógica, terminan siendo condenadas por la historia en nombre de la justicia. La historia nos dice que cuando se admitieron fracciones de certeza y fracciones de prueba de la certeza, todas estas fracciones un buen día se pusieron complacientes al servicio de la estulticia y la ferocidad humanas, y se creyó justo apabullar a un acusado con el peso de fracciones de prueba ante imputaciones de delitos, que por cruel pedertería se denominaban privilegiados. En realidad ese era un triste privilegio, pues era el que la torpeza del hombre reconocía a la barbarie: el de castigar a un inocente como si fuese responsable”. NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob. cit., p. 105.

La probabilidad como grado de argumentación en orden a la demostración de sus enunciados, posee contenidos objetivos en los que concurren vacíos, lagunas, insuficiencias, cadenas probatorias inacabadas y existencia de fracciones de pruebas a las que podremos denominar eslabones perdidos, solitarios, inconexos, excluyentes o contradictorios.

Esas objetividades, revelan la probabilidad y aumentan o disminuyen la argumentación, pero su aumento o disminución no logra que desaparezca la probabilidad, simplemente la aumentan o disminuyen, y en dicho *crecimiento o decrecimiento*, también, crecerá o decrecerá la relación subjetiva que tengamos con la probabilidad.

A la relación de *crecimiento o decrecimiento*, sencillamente se le denomina duda, estadio de conocimiento que no es exclusivamente subjetivo, toda vez que no se trata de que subjetivamente o de manera unilateral se pueda llegar a dudar o no en forma libertaria.

Por el contrario, la duda como estadio en el que residen argumentaciones de lo probable, posee extremos objetivos, y conforme a ellos no se puede llegar a proferir sentencia condenatoria.

Los contenidos subjetivos y objetivos de la duda no se disuelven por vía de lo subjetivo, sino conforme a soportes fácticos que permitan su resolución racional; superación en la cual el proceso de conocimiento avanza hacia la verdad objetiva y verdad jurídica y hacia el estado luminoso de certeza. Por el contrario, ante las circunstancias de la no superación subjetiva u objetiva de las dudas, ante la no disolución de sus contenidos dubitativos, la decisión a adoptar sólo podrá efectuarse a favor del procesado en aplicación del *in dubio pro reo*.

Al comprender así la probabilidad, nos apartamos de quienes so pretexto de que “*en el ámbito del proceso no cabe hablar de una verdad absoluta*”<sup>324</sup>, han llegado a considerar que en el proceso penal la verdad se cumple con las “*simples probabilidades*”, predicado que en su espíritu es pregonado por GENY, cuando afirma: “*que en derecho lejos de pretender una rigurosidad matemática, nosotros no aspiramos mas que a realizaciones aproximativas*”<sup>325</sup>.

La teoría de probabilidad<sup>326</sup> y verosimilitud como máxima aspiración en la actividad de investigación y juzgamiento se ha formulado en los siguientes términos:

---

<sup>324</sup> LUIS MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, ob. cit., p. 62;

<sup>325</sup> GENY, citado por LUIS MUÑOZ SABATÉ, en *Técnica probatoria*, ob, cit, p. 62.

<sup>326</sup> GERARD WALTER, refiriéndose a esta teoría de origen doctrinal escandinavo y de gran difusión en Alemania, especialmente en lo referente al proceso civil (que se aplicaría al proceso penal), al respecto escribe: “Esta doctrina parte de la base –y en cuanto tal no es nueva para nosotros– de que la “verdad” es solo un valor límite “idéntico al sumo grado de verosimilitud”. Por consiguiente, la función de la libre apreciación de la prueba no consistiría en llevar a un convencimiento de la verdad. Por el contrario, habrá de considerarla antes bien *como un cálculo de probabilidades* mediante el cual se juzga la existencia de hechos relevantes. Se entiende, pues, por sí solo que hay que contar con diversos grados de probabilidad o verosimilitud. Pero sería totalmente irrealista partir de grados de probabilidad o verosimilitud estadísticos. Se trata de un sistema bastante indeterminado como presumiblemente «probablemente», «ciertamente», o «evidentemente» (...) “Es un sistema en el cual la función del juez de constatar hechos se entiende como una apreciación de probabilidades o verosimilitudes” (...)

“En síntesis, la teoría de la verosimilitud preponderante en el proceso civil puede resumirse diciendo que la tesis del carácter determinante de esa verosimilitud no es aceptable ni en cuanto a su punto de partida, ni en cuanto a su realización, ni en cuanto a sus efectos”

“El punto de partida reza que, debido a las limitaciones de la capacidad humana sobre el conocimiento, en la búsqueda de la verdad se pueden obtener a lo sumo valores verosímiles o probables, y que por ende toda apreciación de una prueba ha de considerarse un cálculo de probabilidades. A ese punto de partida se le puede oponer la ley con su clara sistemática, según la cual un módulo de prueba inferior a la convicción de la verdad es suficiente solo por excepción en decisiones que por su importancia secundaria o por su provisionalidad no han menester la misma garantía

*“La verdad es solo un valor límite y la libre apreciación de la prueba tiene por tanto que considerarse un cálculo de probabilidades; no merece adhesión. Es correcto que la verdad es imaginable solo como “valor límite. De ahí se explica también esa formula de perplejidad que es la verosimilitud rayana en certeza. Pero de ahí se no se sigue que haya de renunciar a la convicción de la verdad, sino que hay que operar con grados diversos de probabilidad o de verosimilitud”<sup>327</sup>.*

Los argumentos mediante los cuales se pregona que en los ámbitos procesales, incluido el penal, no cabe hablar de verdad absoluta, postulado que se deriva de la afirmación en sentido de que *“la naturaleza humana no es capaz de alcanzar verdades absolutas”<sup>328</sup>*, son planteamientos que se fundan en la eterna discusión acerca de la verdad y sus contenidos; acerca de la posibilidad del hombre de llegar a

---

de exactitud que una sentencia definitiva. Y la idea de que la capacidad humana para llegar a conocer la verdad es limitada, hay que contraponerle el desafío de aspirar a llegar a ese conocimiento que debe servir de meta, no obstante, ser un valor límite posiblemente inalcanzable”.

“Por último, sin embargo, son los efectos de esa teoría los que suscitan los reparos más graves. Un sistema bien ordenado que exija para el reconocimiento de una pretensión en principio, la plena prueba de sus presupuestos y *que se contente solo excepcionalmente —tanto en formulaciones procesales como en formulaciones de derecho material— con requisitos menores, se vería conmovido hasta en sus cimientos, si se generalizase esa aceptación de la verosimilitud preponderante. No solo el temor práctico de que se extiendan las pretensiones por responsabilidad, sino también objeciones de orden ético-jurídico se oponen a que una pretensión sea reconocida solo por ser preponderantemente verosímil”.* GERARD WALTER, *Libre apreciación de la prueba*, ob. cit., pp. 159, 210 y 211.

<sup>327</sup> GERARD WALTER, *Libre apreciación de la prueba*, Temis, Bogotá, 1985, p. 194.

<sup>328</sup> “Aunque estemos convencidos de que la naturaleza humana no es capaz de alcanzar verdades absolutas, es un deber de honestidad extremar el esfuerzo para acercarse lo mas posible a esa meta inalcanzable. Aun cuando estemos convencidos de que la sentencia final no podrá ser sino una sentencia de verosimilitud, y el error judicial nunca pueda excluirse del todo, ello no impide que el objetivo de toda la estructura del procedimiento tenga que consistir en darle a la búsqueda de la verdad una forma en lo posible profundizada y controlada, para que la distancia entre la verdad y la verosimilitud quede reducida a un mínimo”. CALAMANDREI, citado por GERARD WALTER, en *Libre apreciación de la prueba*, ob.cit. p. 195.

conocimiento de la verdad, y acerca de si la verdad es absoluta o es relativa; temas espinosos sobre los que nos ocupamos en acápite anteriores, a los que arribamos como conclusión aproximativa, compartiendo la afirmación en sentido que en tratándose de las áreas de saber del derecho penal y debido proceso penal, en efecto, no ha lugar a hablar de la aplicación de la categoría de verdad absoluta, no ocurriendo lo mismo con la categoría de verdad relativa.

En su momento, nos permitimos expresar que la no aplicación de la categoría de verdad absoluta a las áreas de saber del derecho penal y debido proceso penal, hallaban explicación no tanto por la pregonada *imposibilidad o incapacidad* del hombre de acercarse a la verdad objetiva en su totalidad concreto-relativa; pretextos dados *como argumentos de apariencia* de quienes en forma ciega y ligera, siguen dudando de los infinitos potenciales de esa maravilla cósmica llamada naturaleza humana.

Por el contrario, esos argumentos cajoneros todos los días se niegan, habida razón de las intensidades del hombre en su conquista de indistintos conocimientos que constituyen el universo y patrimonio científico de la humanidad, lo cual confirma que las capacidades y potencialidades cognoscitivas de la naturaleza humana son infinitas, como infinitos son los objetos de conocimiento del mundo material en sus realidades objetivas de lo natural y social.

En esa medida, los enunciados de la no aplicación de la categoría de verdad absoluta a los órdenes de saber del derecho penal y debido proceso penal, no residen en la imposibilidad o incapacidad del hombre de acercarse a las verdades concretas-relativas de los universos que lo rodean.



Por el contrario, la razón esencial de la no aplicabilidad de la categoría de verdad absoluta a las áreas de saber del derecho penal y debido proceso penal, está dada en que los tópicos, sistemas, conceptos y categorías de estos ordenes no obedecen a criterios de validez universal, sino de mutabilidad, provisionalidad, a contingencias e intereses de todo orden de quienes interactúan en los procesos sociales de criminalización de creación de normas y aplicación de las mismas.

Conforme a lo anterior, resulta que los conceptos y categorías jurídico formales, no obedecen a criterios de verdad ni validez universal, sino que resultan condicionados y determinados por quienes interactúan en los juegos e intereses del poder, y de igual se afectan por los balanceos de las postulaciones doctrinarias y jurisprudenciales de diversos matices ideológicos, en las que concurren postulaciones humanistas que fortalecen el del Estado constitucional social y democrático de derecho, como concurren postulaciones antidemocráticas que se nutren y alimentan del efectivismo y resultadismo del autoritarismo de Estado.

En igual sentido, en su momento afirmamos que la no aplicación de la categoría de verdad absoluta a los órdenes de saber del debido proceso penal, también, resultaba explicativa habida razón que en las resolutivas judiciales interactúan las ecuaciones o extremos del saber y poder, como nos lo enseña FERRAJOLI; resultando impredecible establecer cuál de estos extremos, el del saber o el del poder se proyecta como factor determinante en la decisión judicial.

Pero la circunstancia de que en los objetos de conocimiento del derecho penal y debido proceso penal no pueda hablarse de verdad absoluta, y por el hecho de que la verdad jurídica no corresponda a criterios de lo absoluto, sino a criterios de lo relativo; relatividad que se predica y permea todos los órdenes de saber incluidos los rigurosamente científicos,

ello no constituyen razones suficientes ni de acomodados con los que se permita hacer apostasía y abjuración de la realidad objetiva y verdad objetiva<sup>329</sup>, para que en forma residual y minimizada se pueda dar el salto anti-dialéctico de llegar a concebir los contenidos lógico formales y lógico materiales de la verdad jurídica, como simples *verdades probables*,

---

<sup>329</sup> “Es hoy un lugar común, entre los autores de derecho procesal penal, describir uno de los fines o funciones del procedimiento como el hallazgo de la *verdad objetiva*, esto es, en otras palabras, como el conocer la verdad acerca de la hipótesis delictiva objeto del procedimiento, la imputación dirigida a una persona. Sin embargo esta función o finalidad del procedimiento sólo debe ser considerada como un *ideal*, esto es, como un objetivo al que tiende el procedimiento penal, que constituye una de sus razones de ser, pero que, en un proceso concreto puede no ser alcanzado sin que ese procedimiento carezca de sentido”

“El procedimiento penal, en verdad, alcanza su objetivo aunque no se arribe al conocimiento de la verdad (no se alcance la certeza positiva o negativa, sobre la imputación) y pese a que se conozca claramente esa situación. Desde el punto de vista social el está concebido como *uno de los instrumentos para arribar a la paz jurídica*, como un medio para lograr una solución acerca del conflicto social que está en la base de un caso penal, como una herramienta para poner fin a ese conflicto mediante una decisión dotada de la autoridad del Estado (método de control social)” (...)

“Intuitivamente parece que la sublimación de este ideal, elevado a la categoría de máxima garantía, provoca ciertos desajustes. Pues, si así fuera, deberíamos cantar loas al inquisidor, tan preocupado de averiguar la verdad que casi no reconoció límite en pos de lograr el ideal. Este ideal sólo puede aparecer como principio garantista a través de otras máximas fundamentales que son, en realidad, las que le pueden conceder esa categoría. En un primer momento se sitúa el principio del *derecho penal de acto*, que impide considerar como fundamento de la aplicación del poder penal por parte del Estado *hipótesis no verificables totalmente*, porque, en gran medida, corresponden al futuro y no representan acciones u omisiones pretéritas del autor en el mundo (*Derecho penal de autor o peligrosista*), o se trata, simplemente, de imputar la forma en que el autor conduce su vida (vagancia, mendicidad: *Derecho penal del carácter*). El principio del derecho penal de acto tiene inmediata repercusión procesal: según lo dijimos, la verdad aquí estudiada, se vincula a la reconstrucción de una acción, realizada u omitida por el autor, situada en el pasado única cognoscible por el juez. Por último hace falta otro principio, esta vez de categoría procesal, para inferir que el conocimiento de la verdad puede, metafóricamente, ser considerado una garantía: se trata del *in dubio pro reo*, en tanto él exige que *solo la certeza sobre la atribución de un hecho punible a una persona funda la reacción penal*; en todo caso resulta desplazada la aplicación del Derecho penal (absolución)”. JULIO B. J. MAIER, *Derecho procesal penal, Fundamentos 1*, Editorial del puerto, s.r.l., Buenos Aires, 2002, pp. 852 y 854.

entendidas como máxima aspiración a la que se pueda llegar en el proceso de conocimiento de los temas penales.

En tratándose del sistema acusatorio, conforme a la distribución tripartita de funciones (*de acusación, defensa y juzgamiento*), se mantiene la carga en sentido que a quien corresponde *la carga de la prueba* acerca de la responsabilidad penal<sup>330</sup> del procesado es a la fiscalía<sup>331</sup>; carga en la que pueden incidir dudas sobre la misma, las cuales de manera imperativa se

---

<sup>330</sup> Nuevo Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004.- art. 7º., inciso 2º.- *"En consecuencia corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado"*

<sup>331</sup> *La Carga de la Prueba de la responsabilidad penal, en cabeza de la Fiscalía, y como imperativo procesal penal que es, y que se recogiera en estatutos procesales anteriores ( Decreto 2700 de 1991, artículo 249, inciso 2º, el que regulaba: "Durante el juzgamiento, la carga de la prueba del hecho punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la fiscalía"; en la Ley 600 de 2000, en su artículo 234, inciso 2º, el que regula: "Durante la actuación, la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la Fiscalía; y que se recogiera, en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en su artículo 7º; como disposiciones procesales, son efecto y desarrollo del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 3 de 2002, normativa, en la que se establecen las funciones de la Fiscalía General de la Nación, en punto de la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y de realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito; y en punto de sus funciones, de que trata el numeral 4º ejusdem, y que dice relación, con el acto de "presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público";*

Carga de la Prueba en cabeza de la Fiscalía, la que a su vez, se consagra como imperativo, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, en el PARAGRAFO de su artículo 23, el que impera: "La Fiscalía está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado y a respetar sus derechos y garantías procesales. En consecuencia, no podrá negarse a responder sus alegatos y peticiones ni a decretar aquellas pruebas que solicite para su defensa, salvo en los casos previstos en la ley; y así mismo en el Decreto Ley 261 de 2000, en el PARAGRAFO de su artículo 3º, en el que se impera: "La Fiscalía General de la Nación, está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten. En consecuencia, no podrá negarse a responder sus alegatos y peticiones ni a decretar aquellas pruebas que solicite para su defensa, salvo en los casos previstos en la ley".

deben resolver a favor del procesado, lo cual traduce que esa carga de la responsabilidad penal *no puede efectuarse con medias pruebas, con pruebas semi-plenas*<sup>332</sup>, *con medio certezas*<sup>333</sup>, ni con simples ejercicios de razonabilidades probables.

En otras palabras, denótese que los contenidos de la verdad relativa y la relatividad de la verdad jurídica no significa que se puedan equiparar con las *medias pruebas*, o parangonar con las atípicamente denominadas *pruebas semi-plenas*, o asimilar con las "*verdades a medias*".

Esos paralelismos constituyen perversiones categoriales, las cuales de instrumentalizarse al interior del debido proceso penal, conllevarían a desnaturalizar los contenidos del concepto de verdad jurídica, pues, las medio verdades ni son verdades, ni menos podrían considerarse como verdades jurídicas.

---

<sup>332</sup> "Por consiguiente, si bien debe considerarse inexacta la doctrina que distingue entre prueba plena y prueba no plena, en el sentido de que solamente la prueba plena es merecedora del apelativo de prueba, porque una prueba incompleta al ser tal deja de ser prueba – *quae non es plena probatio, plane nulla probatio est* . La prueba que no es plena, sencillamente no es prueba alguna". GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, ob, cit, p. 50.

<sup>333</sup> "La gradualidad de la certeza, conduce, pues, a su vez, a la gradualidad de las pruebas, y por lo tanto, surgen esas fantásticas denominaciones de prueba plena y semiplena, de semiplena mayor y semiplena menor, y todos estos extraños fraccionamientos, de la mitad, de los cuartos y de los octavos de prueba"

"Pero afortunadamente, podemos evitarnos el trabajo que implican estas deducciones de fracciones aritméticas, porque la prueba no puede ser sino un todo íntegro, ya que, como hemos dicho, en tratándose de la certeza no hay término medio, y así, o bien estamos ciertos de algo, o no lo estamos. La lógica no admite fracciones de certeza, y la media certeza es una contradicción en los términos, perdonable en la retórica vulgar, pero que no debe encontrar asidero en el severo lenguaje de la ciencia. Y así como no hay fracciones de certeza, tampoco pueden existir fracciones de prueba, pues, o bien la prueba no logra que en la mente se origine la certeza, o bien es apta para producir esa certeza, y en ese caso tenemos prueba plena de certeza con respecto al objeto probado". NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob. cit. pp. 102 y 103.

Aunado a lo anterior, dígase que en los contenidos de la verdad jurídica en los que se implican las correspondencias de los contenidos de la lógica formal y lógica material; como categoría que *hace parte de los universos de la epistemología, mas no de los reglados caprichosos del derecho procesal*, no se le puede colocar cortapisa, como para llegar a hacer de la misma lo que al autoritarismo de Estado se le llegue a ocurrir que es la verdad en expresiones distorsionadas y ajenas a su esencia.

Así las cosas, desde las categorías que dicen relación con los contenidos de la verdad objetiva, resulta imposible llegar a positivar voluntades políticas acerca de cómo se debe concebir la verdad, pues, ello sería como normativizar los procesos subjetivos y objetivos de aprehensión de la realidad objetiva por el pensamiento.

En suma, la expresiones doctrinarias que apuntan a concebir la verdad jurídica como simple probabilidad, obedecen a razones políticas, anti-garantistas y antidemocráticas.

#### **H.- Del in dubio pro reo.-**

El *in dubio pro reo* antes que advertirse como una constitucionalización subjetivada<sup>334</sup> consolidada en el postulado de *presunción de inocencia*, constituye un estadio cognoscitivo en el cual concurren soportes fácticos que afirman y niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> Cfr. FRANCISCO CAAMAÑO, *La garantía constitucional de la inocencia*, Universidad de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 223.

<sup>335</sup> "Con respecto al conocimiento de cierto hecho, el espíritu humano puede encontrarse en estado de ignorancia, de duda o de certeza"

En lo que corresponde a los contenidos del *in dubio*, lo que se plantea en su interior es una relación en la cual concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, afirmaciones y negaciones, las cuales como fenómenos en contravía, proyectan efectos de *in dubios* respecto de alguna o algunas de las categorías sustanciales en discusión al interior del proceso de conocimiento penal de que se trate.

En el *in dubio pro reo*, como estadio de dudas acerca de la existencia o no de una sustancialidad, se integran contenidos *subjetivos y objetivos*; correlación de la que es dable inferir que aquella ecuación no se materializa por los efectos unilaterales de las simples dubitaciones en punto de lo objetivo o subjetivo dadas en los fenómenos en contradicción. El *in dubio pro reo* en su fase de *hipótesis*, verificación o infirmación de la misma, comporta la unidad de contenidos *subjetivos y objetivos*.

Ahora bien, en lo que corresponde a los contenidos valorativos del *in dubio pro reo*, habrá de tenerse en cuenta que aquellos como concepto no surgen de la simple presencia de las fenomenologías en contradicción.

En efecto, por principio, de la concurrencia de soportes facticos afirmativos y negativos respecto de un tema sustancial, lo que se plantea es una *hipótesis de in dubio pro reo*, la cual deberá ser objeto de verificación o infirmación.

---

"La duda es un estado complejo. Hay duda, en general, cuando una proposición presenta motivos afirmativos al mismo tiempo que motivos negativos; ahora bien, puede existir predominio de los motivos negativos sobre los afirmativos, y tenemos entonces lo improbable; puede haber igualdad entre las dos clases de motivos, y se tiene lo creíble en sentido específico; y por último, puede suceder que prevalezcan los motivos afirmativos sobre los negativos, y en este caso existe la probabilidad. Pero lo improbable no es otra cosa que la inversión de lo probable, pues lo que es probable por el aspecto de los motivos de mayor validez, es improbable por el lado de los motivos menos atendibles, y por eso la duda no se reduce propiamente sino a las dos subdivisiones simples de lo creíble y de lo probable". NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob, cit, pp. 11 y 12.

Con lo anterior, se significa que tratándose de la valoración del *in dubio pro reo*, la labor fundamental del sujeto cognoscente no se puede quedar en la mera identificación de las convergencias en contradicción.

Por el contrario, de conformidad con ejercicios subjetivos y objetivos le corresponderá discernir hacia donde se inclina la balanza de exclusiones, esto es, habrá de preguntar y responder con ejercicios de sana crítica<sup>336</sup>, si los fenómenos de cargo tienen la potencia y capacidad de excluir aspectos totales o parciales de los contenidos dados en los fenómenos de descargo; o si por el contrario, son los fenómenos de descargo están en potencia y capacidad de excluir en totales o parciales, a las pruebas de cargo.

Téngase en cuenta que cuando se plantea la *hipótesis de in dubio pro reo*, para el evento que los soportes de afirmación excluyan o desplacen los de negación, o para la circunstancia que los fenómenos de negación excluyan o desplacen los de afirmación; no bastará con plasmar afirmaciones sincréticas de paso y cajoneras como las que se expresan cuando en forma enunciativa se aduce en las considerativas de la sentencia, que las pruebas de uno u otro sentido no son creíbles, no obedecen a verosimilitud, no merecen ninguna credibilidad, y que, por ende, no son de recibo, ni aceptables.

La disolución, resolución o no, de la *hipótesis de in dubio pro reo*, esto es, su verificación o infirmación debe efectuarse conforme al *principio de motivación*<sup>337</sup>, en orden a demostrar y justificar de manera racional el

---

<sup>336</sup> Cfr. GERMÁN PABÓN GÓMEZ, *De la casación y la revisión penal, en el Estado constitucional, social y democrático de derecho*, ob, cit, pp. 278 y 280.

<sup>337</sup> “Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la validez de las sentencias resulta condicionada por la verdad, aunque sea relativa, de sus argumentos, como en fin el poder jurisdiccional no el el poder tan inhumano puramente potestativo de la justicia del *cadi*, sino que está fundado en el saber, también solo opinable y

porqué de las exclusiones en uno u otro sentido, y motivar el porqué no se otorga credibilidad a los contenidos de las fenómenos contrarios de una u otra expresión.

La verificación o infirmación de la *hipótesis de in dubio pro reo* no se puede efectuar a *plumazo limpio* como simples enunciados o conclusiones inmotivadas. Por el contrario, las exclusiones en uno u otro sentido deben comportar motivaciones serias y razonadas, más nunca aplastamientos o estrangulamientos de índole subjetivistas.

Así las cosas, cuando los fenómenos de cargo y descargo no se excluyen, ni disuelven, será dable comprender que el *in dubio* ha dejado de ser *hipótesis* y se ha verificado como realidad.

Por el contrario, cuando los fenómenos de cargo producen el efecto de excluir los de descargo, o cuando los de descargo producen el resultado de excluir los de cargo, lo que traduce es el resultado de disolución o resolución de las contradicciones dubitativas en uno u otro sentido; y para el caso no podrá hablarse de *in dubio pro reo*.

Por tanto, desde los albores de la teoría del conocimiento es dable comprender que el *in dubio pro reo* ya no como *hipótesis*, sino como realidad, se consolida en toda su magnitud cuando los fenómenos en contradicción no se excluyen, desplazan, ni destruyen entre sí; resultado de donde surge el postulado universal del derecho penal en sentido que: *“En materia penal, toda duda, que no haya sido eliminada, se resolverá a favor del procesado”*.

---

probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad. Precisamente la motivación permite la fundamentación y control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de prueba o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas”.  
LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob, cit, p. 623.



En consecuencia, es precisamente de *la no exclusión, no eliminación* de los contenidos en contradicción de donde se erige y proyecta *el in dubio pro reo*, toda vez que su existencia y aplicación ligado a la no infirmación de la presunción de inocencia obedece a la *imposibilidad de disolver o eliminar las dudas y contradicciones que desde el punto de vista probatorio se hubieran dado respecto a alguna sustancialidad penal en discusión*<sup>338</sup>.

El *in dubio pro reo*<sup>339</sup> como principio universal del derecho probatorio con incidencias sustanciales, constitucionalizado en el principio de presunción de inocencia, debe ser real, tangible y no puede quedarse como simple

---

<sup>338</sup> La Sala de Casación Penal en Sentencia del 17 de septiembre de 2008, identificada con el radicado 26.055, al respecto del *in dubio pro reo*, dijo:

“Al respecto debe recordarse que este apotegma es un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas categorías jurídico-sustanciales en discusión dentro del singular proceso penal objeto de examen”.

“En igual sentido se integran aspectos objetivos y subjetivos, desde los cuales se puede inferir que el *in dubio pro reo* no se materializa por los simples efectos unilaterales de los dilemas relacionados con lo subjetivo o con lo objetivo dados en los fenómenos en contradicción”.

“Con lo anterior se significa que en orden a la consolidación de este instituto y su correlativa aplicación, la labor fundamental no está dada ni puede quedarse simplemente en identificar las circunstancias de perplejidad o para el caso de lo acusado en la denotación de las contradicciones secundarias mas no principales dadas en los testimonios censurados de haberse valorado con menoscabo de postulados de la sana crítica, sino que por el contrario se debe proceder a discernir hacia dónde se inclina la balanza de exclusiones, es decir, se deberá formular la pregunta y resolverla determinando si los contenidos probatorios de cargo tienen la capacidad de excluir de manera total o parcial a los descargos o a la inversa, bajo el entendido que el *in dubio pro reo* se consolida cuando las dudas surgidas de los elementos fácticos divergentes no se pueden disolver, en cuyo evento por principio universal corresponde por imperativo legal y constitucional resolverlas en todo evento a *favor rei* en salvaguarda de la presunción de inocencia”.

<sup>339</sup> Cfr. ORLANDO ALFONSO RODRÍGUEZ, *La presunción de inocencia*, ob, cit, p. 314.

posibilidad ni enunciado teórico para la sola recordación de los estudiantes y operadores del derecho.

En la actualidad por efecto de la instrumentalización no de razones de derecho, sino de políticas en las que tienen cabida el eficientísimo de las estadísticas que como positivos generan angustia a funcionarios judiciales en punto de su estabilidad laboral; observamos con asombro, como los pregones *del carcerismo* y *la responsabilidad objetiva* se han dado a la labor de sustituir la *garantía de presunción de inocencia*<sup>340</sup> por el predicado de *presunción responsabilidad penal*<sup>341</sup>, como a la tarea de sustituir el *principio de culpabilidad* por el anti-principio de *necesidad funcionalista de la pena*<sup>342</sup>, y en sus pretensiones anti-garantistas han

---

<sup>340</sup> "La certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*. Es fin al que tienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba –es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva –no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia a favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas. Por lo demás, es ésta la forma lógica de todos los principios garantistas mas arriba formalizados: los cuales, como se ha observado, establecen las condiciones necesarias en ausencia de las cuales no es lícito castigar y n las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar". LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob, cit, p. 106.

<sup>341</sup> Cfr. EDGAR ESCOBAR LÓPEZ, *La presunción o estado de inocencia en el proceso penal*, Leyer, Bogotá, 1998, pp. 181 y 182.

<sup>342</sup> "La certeza de derecho penal máximo de que ningún culpable quede impune se basa en cambio en el criterio, opuesto pero igualmente subjetivo, *in dubio contra reum*. Indica una aspiración autoritaria. Mas en general, la idea recurrente de que el proceso penal debe conseguir golpear a todos los culpables es el fruto de una ilusión totalitaria. <Un extremado empeño de castigar a los reos, un excesivo rigor, un apresurado castigo>, advertía FRANCESCO MARÍA PAGANO, <arrastran consigo por fuerza funestos efectos. Allí donde una ley escrita con caracteres de sangra manda que el más ligero fallo no quede impune; que todo delito de las tinieblas, en las que la fatalidad lo envuelve a veces, sea necesariamente sacado al claro día de los juicios; que la pena no se separe del delito ni un momento, allí será de provecho que aquella confíe en las manos del juez un arbitrario e inmoderado poder. La prontitud de la ejecución excluye las formalidades y sustituye el proceso por la

llegado al aplastamiento de la presunción de inocencia a través de la concepción de la inversión de presunciones. En esa medida, se plantea y exigen *inversiones de cargas probatorias*<sup>343</sup>, correspondiendo ya no al Estado como es su deber<sup>344</sup> la infirmación de ese postulado, sino al procesado la verificación de su presunción de inocencia.

---

voluntad absoluta del ejecutor. La rigurosa investigación del oculto delito no se realiza mas que por medio de un poder ilimitado y de necesarias violencias y atentados sobre la libertad del inocente. Y semejante ilimitado poder de un terrible inquisidor no puede estar sujeto a los lazos de un proceso regular. En tal estado la libertad civil no puede en modo alguno arraigar>. Este modelo tiene, por lo demás, una estructura lógica opuesta a la del derecho penal mínimo: en el sentido de que se preocupa de establecer no las condiciones necesarias sino las suficientes para la condena; y no las condiciones suficientes, sino las necesarias para la absolución". LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob, cit, p. 107.

<sup>343</sup> "De ese deber de investigar la verdad, algunos autores extraen la fórmula de que no incumbe al imputado la prueba de la incerteza de la imputación o de la certeza de las causas que excluyen la condena y la aplicación de una pena. Pero lo cierto es que no incumbe a nadie, pues el único principio rector actuante solo expresa que la condena requiere la certeza de la existencia de un hecho punible (*in dubio pro reo*). El deber del acusador público no reside en verificar ese hecho punible, sino, antes bien, en investigar la verdad objetiva acerca de la hipótesis delictual objeto de procedimiento, tanto en perjuicio como a favor del imputado, deber similar al que pesa sobre el tribunal. Y ambos están ligados – uno para dictaminar en sus requerimientos y otro para decidir – por la regla que les exige que, si no obtienen la certeza, se deben pronunciar a favor del imputado". JULIO B. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, ob, cit, pp. 508. 509.

"En el proceso penal no tiene lugar, como hemos indicado, una distribución de la carga de la prueba. Tradicionalmente la solución a las situaciones de falta de pruebas viene determinada por la aplicación del principio de *in dubio pro reo*. Así, se considera que entre la alternativa de absolver a un culpable o condenar a un inocente la conciencia colectiva sufre menos cuando se opta por lo primero que no cuando se condena a una persona inocente. El principio *in dubio pro reo* puede formularse, también, en los siguientes términos: quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, en cuyo caso, en los supuestos de ausencia de prueba de la culpabilidad deberá absolverse al acusado". MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 82.

<sup>344</sup> "Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquella cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permite, la presunción que favorece al procesado. De allí, resulta que éste, quien no está en la

Esas inversiones de presunciones y cargas probatorias constituyen retrocesos aberrantes frente a las conquistas democráticas de garantías individuales, legales y constitucionales que dicen relación con el respeto que se debe dar a la presunción de inocencia, derecho, principio, y garantía que ha sido objeto de reconocimiento internacional en la mayoría de las legislaciones penales de los Estados pertenecientes a la comunidad de Naciones.

Desde nuestra orilla ideológica, garantista, hemos de pregonar que la presunción de inocencia debe ser objeto de respeto y seguir incólume frente a los atentados del *terrorismo de Estado*, el cual se manifiesta a través de los agentes aplicadores del *terrorismo probatorio* y *terrorismo procesal penal*, y debe seguir siendo el instrumento por excelencia de la relativa nivelación de la contradicción Estado-Individuo dada en el proceso penal, en donde éste último por virtud de la garantía fundamental de presunción de inocencia, tiene el derecho a seguir anteponiendo que sustancialmente prevalezca su inocencia, y tiene el derecho a exigir que la infirmación de la misma se efectúe conforme a los rigores del principio de motivación regente de las sentencias judiciales y al interior de un verdadero debido proceso<sup>345</sup> limpio; y no a que la desvirtuación se efectúe por vía de la necesidad funcionalista de la pena, o por de las inversiones de la carga de la prueba.

La inversión de la carga probatoria, la presunción de responsabilidad penal y necesidad funcionalista de la pena constituyen engendros ideológicos

---

posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor". CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-621 de noviembre 4 de 1998, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

<sup>345</sup> Cfr. ORLANDO ALFONSO RODRIGUEZ, *La presunción de inocencia*, ob, cit, p. 207.

reprochables, toda vez que son expresión de violencia política y manifestación del terrorismo de Estado; terrorismo jurídico procesal y probatorio, el cual no se instrumentaliza con armas, ni explosivos de destrucción masiva de vidas, pero que en su contrario, como expresión de autoritarismo, con los efectos de la internación carcelaria pasa a destruir los proyectos de vida no solo del individuo condenado de manera arbitraria, sino también las expectativas de vida de los centenares de familiares de los detenidos o condenados injustamente a través del menoscabo de la presunción de inocencia.

En lo que corresponde a la aplicación del *in dubio pro reo* como expresión del *favor rei*, hemos de afirmar que su reconocimiento no es de exclusividad restrictiva para las resoluciones de la sentencia. En efecto, en los artículos 29 Constitucional, 7º de la ley 600 de 2000 y 7º, inciso 2º la ley 906 de 2004 regulantes del principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, no se estipularon salvedades, exclusiones o exclusividades de aplicabilidad a estadio procesal determinado.

Por el contrario, bajo el entendido que la presunción de inocencia e *in dubio pro reo* son derechos, principios y garantías fundamentales que irradian todo el debido proceso penal, surge de correspondencia que su aplicación y reconocimiento puede efectuarse en especial cuando se profieren providencias con efectos sustanciales que afecten de cualquier manera la libertad del justiciable, como puede ser en los espacios de formulación de la imputación, definición de situación jurídica, formulación de la acusación y, desde luego, sin discusión, en la sentencia.

Consideramos que sobre cargas acerca de la responsabilidad penal del encartado que se hallen afectadas por *in dubios*, dichas dudas se resolverán como mandato conforme al artículo 7º del C.P.P. a favor del procesado, con las consiguientes resoluciones sustanciales de abstención de

imposición de la medida de aseguramiento, revocatoria de la misma, preclusión de la investigación, y que no decir de la absolución en la sentencia.

En lo que corresponde a los adjetivos sobre los que puede recaer el *in dubio pro reo*, dígase lo siguiente:

Si como bien es cierto, los *in dubios* surgen y materializan con referencia a soportes probatorios que dicen relación con la responsabilidad penal en la que de manera dialéctica e inseparable se integran los juicios de adecuación típica, antijurídica y culpable, aspectos que se tornan interactuantes e inseparables en la *noción unitaria de injusto penal*; de consecuencia se deriva que los adjetivos sobre los que pueden recaer los *in dubios* es sobre dudas acerca de la adecuación típica, acerca de la existencia de causales de justificación, o respecto de la existencia de causales de inculpabilidad, o desde una posición unitaria, dudas acerca de la existencia de motivos de ausencia de responsabilidad, lo cual significa que las dudas como expresión del *in dubio pro reo* pueden recaer sobre todos los extremos y contenidos que integran el concepto complejo de responsabilidad penal<sup>346</sup>, categoría que por dialéctica de contrarios implica los extremos que la niegan o excluyen; con la matización y

---

<sup>346</sup> “Conviene aclarar que la falta de certeza se puede presentar tanto respecto de la imputación y sus elementos (las circunstancias fácticas, e, incluso, los elementos normativos o culturales fundantes de la acción u omisión típicas, la participación del imputado y su culpabilidad), como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena y la pena. Sólo que, cuando se trata de una causa que excluye la condena o la pena, la falta de certeza opera en forma inversa: la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia; en cambio la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación” (...) “También los presupuestos fácticos que determinan la individualización de la pena, deben ser reconstruidos conforme al principio *in dubio pro reo*; así la falta de certeza operará para admitir el hecho o negarlo, según que el juzgador le acuerde valor para aminorar o agravar la pena dentro de la escala respectiva”. JULIO B. J. MAIER, ob, cit, p. 500.

salvedad que tratándose de causales de ausencia de responsabilidad en punto de errores invencibles queda abierta la discusión dogmática penal, con argumentos a favor y en contra, los cuales compartimos, acerca de si tratándose de errores invencibles y en punto de la vencibilidad o no, sea dable o no, hablar de *in dubio pro reo*.

En tratándose de un Estado constitucional, social y democrático de derecho que como *ser y deber ser*<sup>347</sup> aspira el nuestro en permanente reelaboración, refundación y consolidación de sus fines, valores y respeto de sus principios. En tratándose de un sistema penal constitucionalizado en donde la teoría y práctica de la judicatura democrática deben estar en direcciones garantistas a fin del respeto, protección y realidad de derechos y garantías fundamentales. En tratándose de esta visión jurídico-política la cual habrá de concebirse no como realidad formal, sino como realidad material; bien se puede afirmar que al haberse consagrado en nuestra Carta Política la presunción de inocencia como un derecho y garantía fundamental<sup>348</sup> que irradia todo el debido proceso penal, de cuyo resultaría oprobioso y, por ende, degradante de mandatos legales y constitucionales, el hecho que se pudiera llegar a proferir y sostener medidas restrictivas de la libertad, formulación de imputación, imposición de medida de aseguramiento y formulación de acusación, cuando los contenidos de se hallaren afectadas de *in dubio pro reo*.

---

<sup>347</sup> "La relación entre ser (realidad) y deber ser (justicia) es clara. RADBRUCH concretó más tarde este concepto. El pone de relieve los siguientes elementos: 1.- El derecho es una realidad y por ello debe ser positivo (carácter de ser), 2.- Como materialización de la idea de derecho, el derecho se erige sobre la realidad restante valorando y exigiendo y, por tanto, en forma normativa (carácter de deber ser), 3.- En razón de a justicia, el derecho debe establecer igualdad para todos, tiene, por tanto, una naturaleza general, 4.- La justicia exige realización del bien común, por lo cual el derecho debe ser social". ARTHUR KAUFMAN, *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 284.

<sup>348</sup> Cfr. EDGAR ESCOBAR LÓPEZ, *La presunción o estado de inocencia en el proceso penal*, Leyer, Bogotá, 1998, p. 88.

La aplicabilidad y reconocimiento del *in dubio pro reo* en orden a la declaración de absolución se consolida en los contenidos definitivos de la sentencia. No obstante, dígame que de cara a los actos de formulación de la imputación y acusación, y tratándose de la infirmación de la presunción de inocencia, a efecto de la imposición de medidas restrictivas de la libertad, éstas no se deben imponer cuando existan dudas probatorias sobre la responsabilidad penal, pues, de efectuarse ello no dejaría de ser contradictorio, injusto y arbitrario, pues, como es de elemental lógica jurídica, la presunción de inocencia se infirma en sus relativos con verdades relativas que en sus contenidos fácticos apunten a su desvirtuación; mas dichas refutaciones no se cumplen, ni se realizan, existiendo y operando de por medio dudas probatorias.

#### **I.- De la íntima convicción más allá de toda duda razonable.**

El concepto de “*intima convicción*” o “*convencimiento mas allá de toda duda (razonable)*”, adoptado en la ley 906 de 2004 como criterio para proferir sentencia condenatoria<sup>349</sup>, a nuestro juicio, constituye un regreso nocivo hacia el *subjetivismo de las probabilidades*.

---

<sup>349</sup> Ley 906 de 2004.- artículo 7º. Inciso 4o- *Presunción de inocencia e in dubio pro reo.- “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal, mas allá de toda duda”;*

Ley 906 de 2004.- artículo 372.- Fines.- *“Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, mas allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”;*

Ley 906 de 2004, artículo 381.- Conocimiento para condenar.- *“Para condenar se requiere el conocimiento mas allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.*



Consideramos que al haberse patentado la probabilidad y legitimado el acño de *verdad probable* en sustitución del de *verdad objetiva*; que al haberse sustituido la categoría de *certeza* por el de *convicción mas allá de toda duda (razonable)*; que al sustituirse el criterio de *certeza* por el de *razonabilidad* como máxima aspiración de la verdad jurídica y presupuesto para proferir sentencia condenatoria como se consagró, en el C. de P.P. en los artículos, 7º, inciso 4º; 91, 101, 372 y 381, *eiusdem*:

Antes que constituir en un alborozado avance proporcionado por la epistemología jurídica contemporánea (como de manera escueta lo afirma MARÍN VÁSQUEZ<sup>350</sup>), lo que contrae es un *retroceso al decisionismo procesal y subjetivismo inquisitivo*<sup>351</sup>, el cual montado sobre el *híbrido epistemológico contradictorio de la íntima convicción mas allá de la duda (razonable)*, en sus alcances normativos significa que se le abrió la puerta procesal a las *in conclusiones cognoscitivas*.

---

<sup>350</sup> "Ahora bien, la expresión *duda razonable* compagina mas con la *naturaleza probable de la verdad (en mayor o menor grado)* que se obtiene en el proceso penal, en vez de aquellos lugares comunes en el lenguaje probatorio como "certeza inconfundible" o "certeza absoluta", porque la verdad que puede obtenerse en el proceso es una forma particular de verdad histórica, en la medida en que se refiere a la búsqueda de correspondencia entre lo reconstruido por un hecho presente que es la prueba y un hecho pasado que es el delito, por medio de métodos jurídicamente regulados. Lo más que podría obtenerse, si funciona satisfactoriamente la inferencia desde los elementos probatorios a los hechos probados,, sería la máxima probabilidad que nos pone en un estado mental del "mas allá de toda duda razonable", que es cuando puede dictarse sentencia condenatoria, porque los hechos pasados ya no pueden observarse directamente por el juez sino que él los reconstruye por vía de inferencia, como hechos probados, a partir de datos probatorios y a través de máximas de experiencia"

"En este sentido avanzó la legislación penal, porque la epistemología jurídica contemporánea *prefiere la expresión "verdad probable" a la de "verdad objetiva", sustituye la "demostración" (propia de las ciencias) por la "argumentación probatoria" y la "certeza" por la "razonabilidad"* RAMIRO MARÍN VÁSQUEZ, *Sistema acusatorio y prueba*, Nueva Jurídica, Bogotá, 2004, p. 46.

<sup>351</sup> Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. p. 43

En efecto, con esa estipulación se logró *invertir* las ecuaciones y criterios de verdad, con la funesta consecuencia que, en adelante la verdad jurídica de cara a la sentencia condenatoria, podrá quedarse en *lo simplemente probable*, estadio de *probabilidad* que no constituye un tercero intermedio entre la verdad y el error, ni entre la verdad y la ignorancia.

Consideramos que en el nuevo estatuto procesal penal se consolidó una *conquista nociva*, pues sobre la base de la *intima convicción mas allá de duda razonable*, los contenidos de verdad jurídica podrán concebirse de manera *residual* y equivalentes a *lo probable*.

Esa equiparación en vez de hallar respaldo en teorías del conocimiento contemporáneas u obedecer a conquistas de la nueva epistemología jurídica, traducen *una voluntad política regresiva* a fin de concebir que el factor determinante a proyectarse como extremo dominante en las sentencias condenatorias, sea no el de verdad objetiva, plena prueba y certeza, sino el de *intima convicción o convicción subjetiva*, esto es, el *poder del subjetivismo*; interpretándose así, que las condenas se podrán reducir a lo que cada juzgador conforme a sus creencias, llegue a considerar desde su *intima convicción, no como verdad objetiva, sino como lo simplemente probable*.

Acerca de los caminos de arbitrariedad judicial que puede llegar a recorrer la *intima convicción*, la que puede llegar a transmutarse en *libre convicción*, MARINA GASCÓN, escribe:

*“La libre convicción es, en suma, un principio metodológico (negativo) que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión y que constituye por ello, una auténtica garantía epistemológica y en el ámbito penal, también derivadamente, una garantía de libertad”*

*“Sin embargo, aunque éste fuera su sentido originario en la Ilustración, no es así como se ha concebido por amplios sectores de la ciencia y la praxis procesal pos ilustrada, donde la libre valoración pasó pronto a ser entendida como valoración libre, sin sujeción a reglas de ningún tipo: el juez – se dice – llega a la libre convicción de los hechos a través de un sistema intelectual tan particular y subjetivo como el de cada persona. La libre convicción se interpreta entonces, como una convicción “íntima”, y por tanto intransferible e incommunicable sobre los hechos que se enjuician; una especie de momento “místico” “extático” del juzgador, in susceptible de ser captado por los demás y, en consecuencia incontrolable. De manera que lo que en un primer momento fue un principio metodológico (negativo) culminó finalmente en un principio (positivo) de valoración capaz incluso de suplantar las pruebas: la valoración libre e incontrolable del juez, que es una puerta abierta a la pura arbitrariedad judicial”<sup>352</sup>.*

### **1.- De la íntima convicción y violaciones materiales al principio y garantía fundamental de derecho de defensa.-**

Nos atrevemos a afirmar que con estas concepciones *anti-garantistas* y *anti-epistemológicas*<sup>353</sup>, se apostó a consolidar la *dictadura de las íntimas*

---

<sup>352</sup> MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, pp. 158 y 159.

<sup>353</sup> “En efecto, al margen de las funestas – *por anti-garantistas* – consecuencias que se derivan de la interpretación del “principio de libre valoración” como “criterio (positivo) de valoración libérrima e íntima”, es preciso observar que este, en cualquier caso, no viene exigido por el reconocimiento de aquel principio. Pero tampoco viene exigido ningún otro criterio de valoración alternativo. El principio de libre valoración de la prueba <no significa *per se* la asunción de una idea “científica” de la prueba o de la fijación de los hechos. *Libre valoración significa valoración discrecional, por cuanto no vinculada a la ley: como se “colme” después en el ámbito del juicio de hecho que la ley no disciplina es en si mismo un problema.* Puede suceder que el problema se resuelva adoptando modelos científicos de verdad, *pero también puede suceder que bajo la etiqueta de libre convencimiento, se de paso a la irracionalidad y a la arbitrariedad del juez o, por el*

*convicciones* y la *dictadura de las probabilidades*, con los efectos de imposibilitarse los ejercicios de impugnación, pues, frente a *convicciones* o *íntimas convicciones* soportadas en *probabilidades fácticas*, como grados de argumentación que son, no tienen cabida censuras en contra.

La *convicción* o *íntima convicción* (así se le haga el agregado de *más allá de toda duda razonable*), que en la praxis judicial se puede llegar a transmutar en *libre convicción*, como criterios de “verdad” para proferir sentencia condenatoria, contrae muchos problemas de carácter anti-epistemológicos, a saber:

En efecto, no obstante que la *íntima convicción* se funda sobre probabilidades (lo cual significa que no se podrá llegar a entender como *libertad para la arbitrariedad*), traduce un criterio mediante el cual al juez se le otorga facultad de ser “*libre para valorar discrecionalmente las pruebas*”.

Y, no obstante que mediante dicha libertad “*no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos*”<sup>354</sup>; dígase –no como visualización metafísica y ligera, sino como visualización realista fundada en los criterios dialéctico-materialistas de lo posible y lo probable-, que con el criterio de la *íntima convicción* (así se le haga el agregado de *mas allá de toda duda razonable*), se corre el riesgo inmenso de llegar a constituir una patente institucional *anti-epistemológica* que pase a sepultar el paradigma cognoscitivista de la verdad jurídica y a enterrar los contenidos de la verdad jurídica, entendidos como verdad reflejo o como verdad correspondencia de los enunciados con los hechos.

---

*contrario, a una concepción formalista de la verdad de los hechos*”. MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, p. 160

<sup>354</sup> Cfr. MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, p. 161

En igual sentido, tras el acuño de *convicción o íntima convicción* se corre el riesgo inmenso anti-garantista y anti-epistemológico de proceder a concebir la verdad judicial bajo la óptica “*de una torcida e ideológica interpretación de la íntima convicción*”, entendida como “*una convicción íntima, libre, incomunicable, intransferible y por ello irracional, incontrolable y arbitraria, pues es obvio que la “íntima” convicción no puede justificar por si misma la verdad de los enunciados*”<sup>355</sup>.

Desde la epistemología, podemos afirmar que la probabilidad es inapelable y máxime cuando ésta no es dable graduarla en términos fijos, ni numéricos, pues aquella como estadio que no es un tercero intermedio entre la verdad y el error, ni entre la verdad y la ignorancia, el conocimiento simplemente se queda en lo *mas o menos probable*.

En esa medida, en la probabilidad podrán concurrir soportes fácticos que proyecten *los mas o los menos*, es decir, contenidos a favor y en contra, que podrán aumentar o disminuir la probabilidad; aumento o disminución que no hará desaparecer la probabilidad, y que conllevan a la consecuencia en sentido que una convicción fundada en probabilidades se torna inapelable.

En esa mirada, puede decirse que la sentencia condenatoria fundada en la *intima convicción o en convicción mas allá de toda duda (razonable)*, desde la óptica formal podrá ser apelada, pero desde la realidad material, las censuras resultarán inanes, esto es, en la práctica inútiles, y se podrán despachar de manera desfavorable con la respuesta simplista que desde ahora visualizamos formateada, en sentido que: “*el censor lo único que ha hecho es anteponer sus consideraciones personalísimas de convicción, frente a las íntimas convicciones mas allá de toda duda razonable del juzgador*”.

---

<sup>355</sup> *Ibíd*em, p. 160

Desde los fines, valores y principios del Estado constitucional, social y democrático de derecho, el cual no se agota en lo formal y posible, sino en lo material y real; consideramos que la concepción de verdad jurídica fundada en la *intima convicción mas allá de toda duda razonable*, lesiona el espíritu de nuestra Carta Política, en cuanto a la garantía fundamental de derecho de defensa, y ese menoscabo no se advierte en la imposibilidad formal de apelar la sentencia condenatoria, sino en la *imposibilidad material* de realizar ejercicios de censura, de contradicción, sobre probabilidades que soporten íntimas convicciones.

Respecto a lo anterior, hacemos la salvedad que la discusión que planteamos no está centrada en aspectos formales, los cuales se dan por descontados, pues es un hecho que respecto de la sentencia condenatoria funciona la garantía de la doble instancia<sup>356</sup>.

Estas consideraciones, acerca de la imposibilidad de refutación de las probabilidades fácticas fundantes de la *intima convicción más allá de toda duda razonable*, no son producto de una visión caótica de nuestra parte.

Por el contrario, poseen soportes epistemológicos en la teoría del conocimiento, paradigma aplicable a todo sendero de cognoscibilidad, incluido el que se ocupa el debido proceso penal, desde el cual se

---

<sup>356</sup> Ley 906 de 2004.- artículo 179.- Trámite del recurso de apelación contra sentencias.- "El recurso se interpondrá en la misma audiencia en la que la parte recurrente solicitará los apartes pertinentes de los registros, en los términos del artículo 9º de este Código, correspondientes a las audiencias que en su criterio guarden relación con la impugnación. De igual manera procederán los no apelantes"

"Recibido el fallo, la secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior correspondiente deberá acreditar la entrega de los registros a que se refiere el inciso anterior. Satisfecho este requisito, el magistrado ponente convocará a audiencia de debate oral que se celebrará dentro de los diez (10) días siguientes"

"Sustentado el recurso por el apelante, y oídas las partes e intervinientes no recurrentes que se hallaren presentes, la Sala de Decisión, convocará para audiencia de lectura de fallo dentro de los diez (10) días siguientes"

evidencia que *la probabilidad, no es un tercero intermedio entre la verdad y el error, ni entre la verdad y la ignorancia.*

Desde la epistemología se comprueba que *la probabilidad* constituye simplemente *un grado de argumentación* en el que concurren *motivos a favor y en contra* acerca de un enunciado o proposición que se trata de demostrar; motivos *que no demuestran la verdad ni demuestran el error*, pues en la probabilidad concurren facticidades *convergentes y divergentes*, que, de una parte, no evidencian la verdad objetiva, y de otra, tampoco denotan el error acerca del objeto de conocimiento de que se trate.

En esa medida, así como pueden aumentar o disminuir los motivos afirmativos convergentes, y así como pueden aumentar o disminuir los motivos negativos divergentes; se significa que el *aumento o disminución* de unos u otros, hacen que *la probabilidad* se mantenga *incólume*, y que el aumento o disminución de unos u otros, *no hacen que la probabilidad desaparezca*, lo cual evidencia que la probabilidad en sí, sobre la que tampoco cabe hablar de cantidades de prueba: en principio y en últimas se torna *irrefutable e incontrastable*.

Conforme a lo anterior, se demuestra que *la probabilidad* como criterio de verdad jurídica es inexpugnable, esto es, inapelable, con lo cual se demuestra el menoscabo no en perspectiva de lo formal, sino de lo material de la garantía fundamental de derecho de defensa.

Esta visión crítica y realista con la que hemos abordado el instituto de la *intima convicción mas allá de toda duda (razonable)* como criterio de verdad para proferir sentencia condenatoria, nos conlleva a pensar, que en la misma medida como la sentencia condenatoria soportada conforme a ese criterio residual de verdad jurídica se torna materialmente

inamovible de cara a una segunda instancia; que no se podrá decir de las censuras que se intenten en casación penal, respecto de las cuales avizoramos inmensas dificultades e inviabilidad de censuras en tratándose de atacar *íntimas convicciones*, en especial las que se formulen por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial en lo que corresponde a los errores de hecho derivados de falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad, o derivados de falsos raciocinios.

En efecto, si de por sí la censura extraordinaria cuando de romper la doble presunción de acierto y legalidad de certeza declarada, constituye un ejercicio con dialécticas complejas de trascendencia, que no se podrá llegar a decir, tratándose de la ruptura casacional de la doble presunción de acierto y legalidad de íntimas convicciones soportadas en probabilidades fácticas.

Sin alarmas, nos permitimos afirmar que los ejercicios casacionales cuando de censurar *íntimas convicciones basadas en probabilidades fácticas*, serán un ejercicio titánico, por no decir imposible.

## **2.- De la íntima convicción y las restricciones al *in dubio pro reo*.-**

Otra consecuencia que se deriva de la sustitución de la verdad objetiva por la verdad probable, y de la sustitución del criterio de certeza por el de íntima convicción mas allá de toda duda razonable, como máxima aspiración para dictar sentencia condenatoria, está dada en que la censuras ordinaria como extraordinaria en perspectiva de lo material, cuando de alegaciones de reconocimiento del *in dubio pro reo* se trate, de igual se tornarán irreductibles.



Las anteriores reflexiones tienen su fundamento en los siguientes aspectos:

En acápites anteriores, afirmamos que el concepto de *íntima convicción más allá de toda duda razonable*, se erigía en un *híbrido epistemológico contradictorio*; adjetivación que merece desarrollar las siguientes glosas:

Dígase que se trata de un *híbrido epistemológico, mixtura o heterogeneidad*, habida razón que por voluntad política, contrariando la epistemología, a *plumazo limpio o plumazo normativo* se procedió a transmutar el concepto de verdad objetiva en su expresión de verdad jurídica con el concepto de probabilidad, y a través de esta *mixtura* se llegó de manera contradictoria a concebir que la verdad jurídica se resuelve y agota en la *intima convicción mas allá de toda duda razonable*.

En efecto, se trata de un *salpicón epistemológico* en el cual pervive la *ambigüedad y contradicción*, habida razón que ni desde los paradigmas de la lógica formal<sup>357</sup>, lógica dialéctica, ni desde las postulaciones filosóficas que se han planteado a lo largo de la historia de la epistemología, no ha lugar a nivelar, ni equiparar el concepto de verdad objetiva por el *atípico epistemológico de verdad probable o simple probabilidad*, ni menos hay espacios argumentativos serios y valederos con los que se permita efectuar la sustitución o reemplazo del concepto de certeza, por el de grados de argumentación en los que se funda la intima convicción mas allá de toda duda razonable, o por el de simple razonabilidad.

Las razones dadas acerca de la no viabilidad de la sustitución del concepto de *certeza* por el de *grados de argumentación* o por el de *ejercicios de*

---

<sup>357</sup> Cfr. MORRIS COHEN Y ERNEST NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico 1*, "La probabilidad como medida de creencia, ob, cit, p. 194.

*razonabilidades*, no ha lugar a observarla desde la lógica abstracta de los contenidos de los conceptos dados en confrontación epistemológica.

Por el contrario, ha lugar a ponderarlas con sentidos críticos reales desde la lógica aplicada, esto es, desde lo concreto de la práctica judicial, es decir, desde la cotidianidad de las decisiones judiciales en las que la tendencia en sus relativos –lo que no significa que sea lo mayoritario–, los grados de argumentación se alejan y apartan de los soportes facticos; se insertan agregados o efectúan cercenamientos fácticos; se construyen inferencias libres que antes que obedecer a criterios razonables, responden a lo que en casación penal se denomina como errores de hecho derivados de falso raciocinio, y se convierten no en la plasmación de razones suficientes de hecho y de derecho, sino en la replicación de las razones de Estado aplicadas a lo valorativo del injusto penal de que se trate, y por ende, desembocan en el ejercicio de razonabilidades producto del subjetivismo; universo múltiple, variable y cambiante de razonabilidades de todo orden que se pueden llegar a hallar en las decisiones judiciales.

En esa medida, como razonabilidades o grados de argumentación, antes que aportar elementos a la seguridad jurídica se convierten en patentes del libre discurso ajenos y distantes de los contenidos más seguros de lo que se entiende por plena prueba y certeza, conceptos respecto de cuyos contenidos, si se abre espacio para efectuarles contrastaciones, para el caso razonables.

Conforme a rigores no jurídicos –que son los menos importantes–, sino rigores epistemológicos, advertimos que en el acuño de *verdad probable*, reside justamente el *hibrido cognoscitivist*, pues la pretendida *verdad probable*, simple y llanamente *no es verdad, no es verdad objetiva, ni*

*verdad jurídica*, sino que por el contrario, es *lo probable como expresión categorial de la probabilidad*.

En esa medida, las distancias cognoscitivas entre la verdad y la probabilidad no son una ideación de nuestra parte, en absoluto ni mas faltaba; todo lo contrario, las características y diferencias entre la verdad y la probabilidad, hacen parte del universo trascendente de la epistemología de siempre.

Al concebirse la certeza como un estado subjetivo y objetivo donde lo *concreto sensible* se corresponde con lo *concreto del pensamiento*<sup>358</sup>. Al concebirla, no como un estado simplemente subjetivo, sino subjetivo-objetivo que *“no debe considerarse independiente de la realidad objetiva, pues se trata de un estado psicológico producido por la acción de las*

---

<sup>358</sup> “Es una opinión extendida la de que el carácter concreto de la verdad se determina por la manera en que las representaciones sensibles se aproximan a las cosas. Esta concepción acaba por hacer pasar el conocimiento del aspecto exterior de las cosas singulares por una verdad concreta, pero esta opinión no es correcta. El materialismo dialéctico considera que la noción de <concreto> tiene dos sentidos diferentes: el primer sentido designa el conocimiento de la imagen sensible (certeza sensible), esto es, *lo concreto sensible*; el segundo designa el conocimiento de las diversas determinaciones internas de las cosas, esto es, *lo concreto del pensamiento*. El <carácter concreto> de la verdad corresponde a la segunda definición. El materialismo dialéctico no niega el carácter concreto de la certeza sensible, pero ella no representa más que el conocimiento exterior de las cosas singulares, y por ella no se puede dominar su naturaleza y sus determinaciones internas. Lo concreto sensible, que es el reflejo de fenómenos particulares, es siempre superficial y unilateral, sea cual sea su proximidad a las cosas percibidas. Sólo lo concreto del pensamiento permite comprender las diversas determinaciones internas de las cosas y de los fenómenos”

Y agrega: “Para apreciar los problemas a la luz del materialismo dialéctico e histórico hace falta, en principio, hacer un análisis exhaustivo. Lo concreto es una síntesis de numerosas determinaciones, la verdad es una totalidad. Por esto, analizar un problema es analizarlo completamente. Si no se toma mas que un aspecto, o algunos aspectos, olvidándose de los otros, así como de las relaciones que guardan entre ellos, el pensamiento incurre entonces en la abstracción metafísica y toma la parte por el todo”. TCHANG EN TSE, *Verdad y conocimiento*, Akal, Madrid, 1976, pp., 165 y 170.

*realidades percibidas y por la conciencia de esas percepciones*<sup>359</sup>, se significa que:

La certeza es un estado subjetivo-objetivo en donde la realidad objetiva es aprehendida en su *totalidad concreta*<sup>360</sup> por la mente en carácter de síntesis.

En otras palabras, al tenerse la certeza como el estadio cumbre, mas no definitivo ni absoluto, de todo proceso de conocimiento, incluido el que se realiza en el debido proceso penal; proceso en el que interactúa un sujeto cognoscente y un objeto de conocimiento dado como realidad objetiva; de la interacción de esos extremos se puede llegar a comprender no en absoluto, sino en criterios de lo relativo, que la *certeza* como proceso dialéctico del conocimiento es un estadio *subjetivo-objetivo* en el que la

---

<sup>359</sup> NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, ob, cit, p. 48.

<sup>360</sup> "La dialéctica de la totalidad concreta, no es un método que pretenda ingenuamente conocer todos los aspectos de la realidad sin excepción y ofrecer un cuadro "total" de la realidad con sus infinitos aspectos y propiedades, sino que es una teoría de la realidad y de su conocimiento como realidad. *La totalidad concreta no es un método para captar y describir todos los aspectos, caracteres, propiedades, relaciones y procesos de la realidad*; es la teoría de la realidad como totalidad concreta. Si la realidad es entendida como concreción, como un todo que posee su propia estructura (y, por tanto, no es algo caótico) que se desarrolla (y, por ende, no es algo inmutable y dado de una vez para siempre), que se va creando (y, en consecuencia, no es un todo perfectamente acabado y variable sólo en sus partes singulares o en su disposición), de tal concepción de la realidad se desprenden ciertas conclusiones metodológicas que se convierten en directriz heurística y principio epistemológico en el estudio, descripción, comprensión, ilustración y valoración de ciertos sectores tematizados de la realidad, tanto si se trata de la física o de la ciencia literaria, de la biología o de la economía política, de problemas teóricos de las matemáticas o de cuestiones prácticas vinculadas con la regulación de la vida humana o de las relaciones sociales". KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo concreto*, Enlace-Grijalbo, México, 1967, p. 56.

realidad objetiva es aprehendida en su totalidad concreta<sup>361</sup> por la mente en carácter de síntesis.

La aprehensión cognoscitiva de la mente que en carácter de síntesis y totalidad concreta<sup>362</sup> hace de la realidad objetiva, constituye la esencia de la certeza como estado cognoscitivo, cualquiera fuere el área de saber de que se trate, y esa visión dialéctica marca las características y diferencias entre la certeza y los grados de argumentación probatoria y las razonabilidades que no son certeza, sino solo eso, grados de

---

<sup>361</sup> "Totalidad significa: realidad como un todo estructurado y dialéctico, en el cual puede ser comprendido racionalmente *cualquier hecho* (clases de hechos, conjuntos de hechos). Reunir todos los hechos no significa aún conocer la realidad, y todos los hechos (juntos) no constituyen aún al totalidad. Los hechos son conocimiento de la realidad si son comprendidos como hechos de un todo dialéctico, esto es, si no son átomos inmutables, indivisibles e inderivables, cuya conjunción constituye la realidad, sino que son concebidos como partes estructurales del todo. *Lo concreto, o sea la totalidad*, no es, por tanto, todos los hechos, el conjunto de ellos, el agrupamiento de todos los aspectos, cosas y relaciones, ya que en este agrupamiento falta aún lo esencial: la totalidad y la concreción. Sin la comprensión de que la realidad es totalidad concreta que se convierte en estructura significativa para cada hecho o conjunto de hechos, el conocimiento de la realidad concreta no pasa de ser algo místico, o la incognoscible cosa en sí". KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo concreto*, ob, cit, pp. 55 y 56.

<sup>362</sup> "Si la realidad es un conjunto dialéctico y estructurado, el conocimiento concreto de la realidad consiste, *no en la sistemática adición de unos hechos a otros, y de unos conceptos a otros*, sino en un proceso de *concretización, que procede del todo a las partes y de las partes al todo*; del fenómeno a la esencia y de la esencia al fenómeno; de la totalidad a las contradicciones y de las contradicciones a la totalidad, y precisamente en este proceso de correlación en espiral, en el que todos los conceptos entran en movimiento *recíproco* y se iluminan mutuamente, alcanza la concreción. El conocimiento dialéctico de la realidad no deja intactos los distintos conceptos en el camino ulterior del conocer; no es una sistematización de conceptos que procede por adición, una sistematización que se levanta sobre una base inmutable y de una vez para siempre, *sino que es un proceso en espiral de compenetración y esclarecimiento mutuos de los conceptos*, en el que la abstracción (unilateralidad y aislamiento) de los diversos aspectos es superada en una correlación dialéctica *cuantitativo-cualitativa, regresivo-progresiva*. *La concepción dialéctica de la totalidad no solo significa que las partes se hallan enana interacción y conexión internas con el todo, sino también que el todo no puede ser petrificado en una abstracción situada por encima de las partes, ya que el todo se crea a si mismo en la interacción de éstas*". KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo concreto*, ob, cit, pp. 62 y 63.

argumentación y razonabilidades<sup>363</sup> que cognoscitivamente constituyen la clara expresión *de lo probable o probabilidades*, que epistemológicamente distan de la certeza, y como tales no ha lugar sustituirlas por el concepto riguroso de certeza, pues se incurre en un *hibrido epistemológico contradictorio*.

---

<sup>363</sup> “El término racionalidad tiene una pluralidad de significados. Hay dos tipos principales de racionalidad: teórica y práctica. La primera consiste en poner en obra los medios adecuados para maximizar la amplitud, precisión y seguridad de nuestras creencias, tanto acerca del mundo en general, como en ámbitos específicos. Siguiendo a Bunge, la racionalidad teórica engloba los siguientes conceptos: a) racionalidad conceptual, que significa minimizar la vaguedad o imprecisión, b) racionalidad lógica, cuyo principal objetivo consiste en evitar la contradicción, c) racionalidad metodológica, que implica cuestionar (dudar y criticar) y justificar (exigir demostración o datos, favorables y desfavorables), d) racionalidad gnoseológica (también llamado principio empirista), que supone valorar el apoyo empírico y evitar conjeturas incompatibles con el grueso del conocimiento científico y tecnológico, e) racionalidad ontológica, que supone adoptar una concepción del mundo coherente y compatible con el grueso de la ciencia y la tecnología actuales”

“La racionalidad práctica consiste en esclarecer nuestros fines y poner en práctica los medios adecuados para obtener aquellos y comprende: a) la racionalidad evaluativo, consistente en bregar por metas que, además de alcanzables vale la pena alcanzar, y b) la racionalidad práctica en sentido estricto, esto es, adoptar medios que puedan ayudar a alcanzar las metas propuestas. Se puede decir que la racionalidad opera en tres dominios muy diferentes: el de la cognición, el de la acción y el de la evaluación; pero como señala RESCHER <en el fondo la cuestión es sólo una, y consiste en efectuar una elección de alternativas de la mejor manera posible, teniendo en cuenta las razones mas poderosas>”

“Otra distinción importante es la que tiene lugar entre los conceptos de *racionalidad ideal* y *racionalidad practicable*. En términos de Rescher, la primera es aquella que se orienta a las resoluciones que son racionalmente adecuadas (pura y simplemente las óptimas), teniendo en cuenta todo lo relevante; la segunda se refiere a resoluciones que son racionalmente adecuadas (*las mejores que podemos*), teniendo en cuenta todo aquello que es relevante en relación con lo que podemos efectivamente realizar en determinadas circunstancias. La racionalidad no consiste en una optimización absoluta sino circunstancial, es decir, no se trata de <lo mejor> sin calificación alguna sino en hacer lo mejor que puede hacerse en determinadas circunstancias, <la racionalidad no nos exige mas que lo mejor que podemos hacer con los medios a nuestro alcance>”. VICTORIA ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, ob, cit, pp. 433 y 434.

Aunadas a las anteriores consideraciones, dígase y recuérdese que las razonabilidades no son una inventiva de la epistemología jurídica contemporánea. Por el contrario, son conceptos pertenecientes a la lógica formal o lógica abstracta, es decir, son conceptos tan antiguos como el hombre mismo o como la lógica misma.

El concepto de razonabilidad advertible como referencia bibliográfica en las obras de PLATÓN Y ARISTÓTELES, nos denota en los textos y contextos del ayer y hoy que las razonabilidades como grados de argumentación regidos por los postulados de la lógica formal como por los postulados de la lógica dialéctica, como tales, *no se constituyen en criterios de verdad, ni en elementos constructivistas de la verdad objetiva, ni de la verdad jurídica*<sup>364</sup>.

Por el contrario, constituyen un valioso instrumento en procura del encuentro correspondentista de la verdad, y como razonabilidades en sí hacen parte de los universos de lo que hoy se denominan *contextos de justificación*, que no son equivalentes a la verdad, ni a la certeza, sino que por el contrario, se inmersan al interior de los conceptos de *coherencia y aceptabilidad justificada de las razones*; dinámicas lógico abstractas que, desde luego, pueden ser lógico concretas, de las que se han erigido los conceptos y las teorías de la “*verdad como logicidades*”, “*verdad como*

---

<sup>364</sup> “Uno de los peligros del idealismo objetivo, producto del racionalismo, es su unilateralidad y dogmatismo, pues considera que todas las cuestiones del universo pueden contestarse apriorística y conceptualmente por la razón, con el rango de validez general, sin lugar a excepciones. El dogmático “no ve que el conocimiento es por esencia una relación entre el sujeto y el objeto. Cree, por el contrario, que los objetos de conocimiento no son dados absolutamente y no meramente por obra de la función intermediaria del conocimiento. El dogmático establece una relación entre conciencia y mundo, en este caso sea una valoración impuesta por el Estado sin sujeto valorante, e ignora la imagen que contiene la subjetividad, esto es, el contenido que cada hombre tiene del universo”. MARIO SALAZAR MARÍN, *Injusto penal y error*, ob, cit, p. 109.

*coherencia*<sup>365</sup> y concepto de la “*verdad como aceptabilidad justificada de las razones*”; conceptos y teorías de *verdad* propios de modelos alternativos al de la “*verdad como reflejo*” y al de “*verdad como correspondencia*”, que son *inaceptables en la jurisdicción para justificar las decisiones judiciales*”, pues, como se dijera, en orden a la verdad jurídica *no es suficiente que “satisfagan” o “tengan éxito” o sean “aceptadas”, ni siquiera unánimemente, sino que es necesario que sus presupuestos fácticos sean verdaderos en el sentido de la correspondencia con los hechos*”; de lo cual se traduce que la concepción de la verdad como

---

<sup>365</sup> La teoría de la verdad como coherencia.- “A diferencia de otros teóricos de la coherencia, BRAND BLANSHARD ofrece su teoría como a la vez una teoría de la justificación y una definición de la verdad”

“Según el, si la realidad fuera algo completamente externo a la mente, no tendríamos ningún conocimiento, excepto por mera suerte, y nos veríamos obligados a aceptar el escepticismo general. Para evitar esto debemos postular que los pensamientos de nuestras mentes no son completamente distintos de las cosas del mundo en que pensamos. Pensar algo es tenerlo en algún grado en la mente. Así, con el supuesto adicional de que el mundo es coherente, parece seguirse que nuestras creencias son probablemente verdaderas en la medida en que sean ellas mismas coherentes. *La coherencia de la creencia es evidencia de su verdad*”.

“Pero, habiendo aceptado una teoría coherentista de la justificación BLANSHARD se ve llevado a aceptar una teoría coherentista de la verdad. BLANSHARD parece pensar que un test de la verdad debe ser tal que cualquier cosa que lo pase queda por ello *probada* como verdadera. No parece advertir la posibilidad de un test que haga meramente *probable* que una creencia es verdadera. Al pensar que la justificación debe probar que una creencia es verdadera y al ofrecer una teoría coherentista de la justificación, se ve forzado a hacer que la verdad sea aquella cualidad que resulte probato que tiene una creencia cuando cohere con otras creencias. Pero lo único que la coherencia de una creencia prueba acerca de la creencia es que cohere. Así BLANSHARD concluye que la verdad debe consistir en la coherencia”.

“Aunque el término “coherencia” es usado de maneras diversas, podemos decir que un conjunto de creencias es coherente si y solo si, (1) es un conjunto consistente y (2) cada miembro del conjunto es implicado (deductiva o inductivamente) por todos los demás en conjunción o, según algunas versiones, por cada uno de los demás individualmente. La verdad pura sería un conjunto de creencias plenamente coherente, entendiendo por tal un sistema de creencias que satisficiera (1) y (2) en su versión mas fuerte. Aunque nunca logremos realmente el ideal de mutuo entañamiento entre creencias individuales, a veces nos acercamos a él”. ALFONSO GARCÍA SUÁREZ, *Modos de significar*, ob, cit, pp. 207 y 298.



correspondencia “es la única que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática, pues a diferencia de las concepciones alternativas que no permiten pensar que una hipótesis coherente o cuya aceptación este justificada sea falsa, esta permite pensarlo; y en concreto permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias del proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles”<sup>366</sup>

Así las cosas, tras haberse puntualizado conforme a la *dialéctica de lo concreto* que entre la certeza en sus extremos y contenidos de lo *concreto*, y entre los grados de argumentación vistos en lo *concreto*, y que entre las razonabilidades en visión de lo *concreto*, existen características y diferencias con las cuales se puede identificar que unos son los contenidos subjetivos y objetivos de la certeza concreta, y otros son los contenidos de la probabilidad concreta que se resuelve en grados de argumentación concretos y razonabilidades concretas, en la que convergen motivos a favor y en contra acerca de un enunciado o proposición que se trata de demostrar en singularidad concreta; se colige conforme a la *dialéctica de lo concreto*:

Que la certeza no puede equipararse a la probabilidad; que la certeza no puede nivelarse con grados de argumentación; que tampoco es dable asimilarla a razonabilidad<sup>367</sup>, y que al efectuar a *plumazo limpio y plumazo ligero* esas inversiones, equiparaciones o asimilaciones, en lo que se incurre es en un *híbrido epistemológico contradictorio*.

---

<sup>366</sup> MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, pp. 67 y 68.

<sup>367</sup> “El punto de partida es considerar que racionalidad no equivale a certeza o verdad única, y esto vale tanto respecto de la racionalidad general como a la racionalidad de la decisión judicial”. VICTORIA ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, ob, cit, p. 436.

Tras habernos detenido en las anteriores glosas que son esenciales, para captar y las diferencias categoriales referidas, y regresando a nuestra afirmación en sentido que otra de las consecuencias que como anexa se deriva de la sustitución de la verdad objetiva por la verdad probable, y de la sustitución del criterio de certeza por el de íntima convicción mas allá de toda duda razonable, esta dada en que las censuras ordinaria como extraordinaria, en perspectiva de lo material, cuando de alegaciones de reconocimiento del *in dubio pro reo* se trataba, de igual se tornarían irreductibles; al respecto bien puede decirse lo siguiente:

Si como es un hecho cierto que, *la íntima convicción mas allá de toda duda razonable se resuelve y agota en la probabilidad*; si como es un hecho inequívoco que *la probabilidad* no es un estadio intermedio entre la verdad y el error, ni entre la verdad y la ignorancia.

Si como también lo es que en *la probabilidad* concurren motivos afirmativos y negativos; motivos incluyentes y excluyentes; si como también es cierto, que en *la probabilidad* interactúan grados de argumentación convergentes y divergentes acerca de la enunciación o proposición de un estado de hechos objeto de demostración

Y, si conforme a esa dialéctica se comprende que en *la probabilidad* en sus contenidos se dan expresiones o fenomenologías inacabadas o incompletas, esto es, vacíos, lagunas e insuficiencias probatorias respecto de las que se erige la *íntima convicción*, pues lo que se infiere epistemológicamente es que en sí y de por sí, *la probabilidad* y *la íntima convicción*, contraen *dubios o in dubios*, y se implican los *in dubios* porque como es de suyo, la probabilidad no es certeza, y cualquiera fuesen los grados de argumentación de la probabilidad en la que pueden aumentar o disminuir los motivos afirmativos, incluyentes o de convergencia, y en los que pueden aumentar o disminuir los motivos negativos, excluyentes o

divergentes; pues sencillamente como probabilidad sigue siendo eso, es decir, una simple probabilidad, y como tal no es certeza; grados de argumentación estos, que demuestran que en *la probabilidad y en la íntima convicción, en sí y de por sí, residen dudas, vacíos, lagunas e insuficiencias probatorias, esto es, dubios o in dubios.*

Conforme a las anteriores reflexiones, creemos haber demostrado desde esta otra perspectiva que la concepción de la *íntima convicción mas allá de toda duda razonable* es un *híbrido epistemológico ambiguo y contradictorio*; y lo es, porque en la *íntima convicción –así se la describa como más allá de toda duda razonable-* de por sí y en sí al interior de la misma residen dudas, vacíos e insuficiencias; *in dubios* que objetivamente existen, y respecto de los cuales lo que el juzgador simplemente hace es apartarse subjetivamente, declarando su íntima convicción amen de los mismos.

Por tanto, al residir y pervivir al interior de los extremos y contenidos de la íntima convicción los *in dubios*, que en el plano de lo objetivo son producto de probabilidades objetivas; *in dubios*, vacíos o insuficiencias probatorias que no se resuelven ni se disuelven, toda vez que cuando de existencias de probabilidades se trate y cualquiera fuera el grado o dimensión de las mismas, estas probabilidades como tales se mantienen incólumes e irresolutas.

En esa medida, si se trata de *in dubios* de los cuales el juzgador simplemente se aparta subjetivamente; lo que traduce es que las impugnaciones y censuras cuando de reclamos de la aplicación sustancial del *in dubio pro reo* se trate, se proyectarán desde la perspectiva de lo material, como un ejercicio incontrastable, por no decir imposible de lograr.

Conforme a las anteriores reflexiones que no son derrotas por anticipado, pues, en tratándose de decisiones judiciales y apelaciones no ha lugar a hablar en absoluto de imposibilidades *per se*, pues en ocasiones el pragmatismo termina superando de hecho a los rigores epistemológicos; aspectos que en el plano de lo posible y lo probable se convierten en albures o inciertos; lo que simplemente denotamos con realismo crítico-epistemológico es que al interior de un criterio de verdad jurídica de por sí relativizado como el de la íntima convicción, en el que objetivamente residen probabilidades, y en el que residen *in dubios probatorios* de los que el juzgador se aparta justamente por la íntima convicción normativa que le da licencia para hacerlo; a posteriori y cuando de censuras de aplicación sustancial del *in dubio pro reo* se llegase a invocar en un recurso ordinario o extraordinario: será de suyo un ejercicio demasiado complejo a efectos de la invalidación de la íntima convicción, pues refutar y rebatir íntimas convicciones en orden al reconocimiento de *in dubios pro reos*, es como refutar las creencias subjetivas que se dan en el plano de lo afectivo, religioso o de las construcciones ideológicas; a diferencia de las confrontaciones que, en efecto, si se pueden realizar respecto de los contenidos de la inexistencia de plena prueba y la inexistencia de la certeza; contradicciones que en orden a sus dialécticas no se quedan en el plano de lo simple íntimo o subjetivo, sino que contraen por sobre todo contrastaciones objetivas.

Indiscutiblemente, entre los contenidos objetivos de la plena prueba vista en su totalidad de lo concreto relativo, y entre los contenidos objetivos de las probabilidades fácticas; existen diferencias que son captables.

Así mismo, entre los extremos subjetivo-objetivos de la certeza, y los extremos subjetivos de la íntima convicción, existen diferencias que desde lo objetivo y lo subjetivo son captables; diferencias y características que desde los rigores epistemológicos, y desde la perspectiva del derecho

fundamental de la presunción de inocencia, nos conllevan a pregonar que no fue acertada la sustitución normativa que se hizo del criterio de certeza para dictar sentencia condenatoria, por el criterio de verdad jurídica de la íntima convicción.

### 3.- De la íntima convicción y la infirmación de la presunción de inocencia.-

La plena prueba y certeza como expresiones fenomenológicas y cognoscitivas sobre las que no caben híbridos, ambigüedades, ni contradicciones cognitivas al interior de sus contenidos conceptuales, constituyen expresiones del *garantismo constitucional sustancial*, y por sobre todo expresión del *garantismo epistemológico*<sup>368</sup>; visión y vocación garantista que en vía de lo formal, material, posible y real, hacen parte de del Estado constitucional social y democrático de derecho en el cual existe

---

<sup>368</sup> “La mas elaborada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al hacer hincapié sólo en los requisitos que debe reunir la decisión condenatoria, propicia sin duda la *lectura epistemológica de la presunción de inocencia*. Sostiene, en efecto, el Tribunal que dicha institución no es otra cosa que una insoslayable garantía procesal que <asegura que nadie resulte condenado o sancionado sino luego de una actividad probatoria de cargo en la que, mediante pruebas legítimamente obtenidas y hechas valer en juicio, se llegue a la racional convicción de la culpabilidad. Esta garantía procesal se concreta en: a) La carga material de la prueba corresponde exclusivamente al acusador y no al acusado, pues, en otro caso, este <se vería sometido a una *probatio diabólica* de los hechos negativos>; b) La prueba debe practicarse sin violación de las garantías constitucionales; es decir, ha de respetar los principios de publicidad, oralidad y contradictoriedad, y no ha de ser obtenida ilícitamente; y c) De la prueba debe poder deducirse, razonada y razonablemente la culpabilidad del procesado, y por tanto hay una obligación de razonar la prueba. Ahora bien, a pesar del denso contenido que el Tribunal Constitucional parece dar a la presunción *iuris tantum* de inocencia, en sentido estricto ésta se reduce tan solo a una regla sobre la carga de la prueba en virtud de la cual recae sobre la parte acusadora la obligación de probar la hipótesis acusatoria; y en este sentido constituye una *garantía epistemológica de la tesis fáctica sobre la que se asienta la decisión condenatoria, tesis que debe estar probada*”. MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho, Los hechos en el derecho*, ob, cit, p. 144.

como totalidad concreta y jurídico-política el principio, derecho y garantía fundamental de presunción de inocencia, que por dialéctica de contrarios sólo puede llegar a ser desvirtuada por otra totalidad concreta, como para el caso son la plena prueba y la certeza<sup>369</sup>.

En otras palabras, en su sentido dialéctico, no es dable, democrático, ni garantista que la presunción de inocencia pueda llegar a ser desvirtuada por las fragmentaciones de la probabilidad, ni por las subjetividades de la íntima convicción.

Con relación a lo anterior, MARINA GASCÓN ABELLÁN, con puntualidad y acierto expresa:

*“En efecto la presunción de inocencia significa, recordémoslo, que sólo puede condenarse si la hipótesis acusatoria ha resultado suficientemente confirmada por pruebas y las eventuales contrapruebas han sido refutadas; de manera que si no está confirmada o no han sido refutadas las contrapruebas (si hay duda sobre su veracidad) la decisión debe ser absolutoria, favorable a las tesis fácticas de la defensa. En pocas palabras: el principio atribuye al estado de duda una decisión absolutoria. Ciertamente es verdad que, al imponer una decisión absolutoria en caso de duda sobre los hechos, la presunción de inocencia garantiza que sin conocimiento suficiente no puede haber condena; y en este sentido puede entenderse como una garantía epistemológica de que una decisión (en*

---

<sup>369</sup> “Su contenido, al menos para el Derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. *Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia*, construida por la ley (presunción) que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la *duda* o aun la *probabilidad*, impiden la condena y desembocan en la absolución”. JULIO B. J. MAIER, *Derecho procesal penal, I. Fundamentos*, Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2002, p. 495,

*este caso, condenatoria) sin pruebas o en presencia de contrapruebas sería inadmisibile.*<sup>370</sup>

Téngase en cuenta que la presunción de inocencia como presunción *iuris tantum*<sup>371</sup> que “supone un límite al ejercicio del *ius puniendi*”<sup>372</sup>, como garantía fundamental vista en su totalidad jurídico-política concreta, sólo puede llegar a desvirtuarse al interior de una ecuación garantista, pero en la que se consoliden los contenidos subjetivos y objetivos de la plena prueba y certeza que la nieguen.

---

<sup>370</sup> MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, p. 145.

<sup>371</sup> *Presunciones iuris tantum.*- “Reciben este nombre las presunciones que sobre la base de situaciones o hechos considerados significativos, establecen una verdad que admite prueba en contrario” (...)

“Así pues, aun cuando permitan la entrada de la verdad mediante prueba en contrario, la función de las presunciones *iuris tantum* no es describir la verdad, ni siquiera como verdad hipotética, sino que se enderezan directamente a garantizar ciertos valores distribuyendo la carga de la prueba; o sea, dando al juez una indicación concreta sobre el contenido de su sentencia en circunstancias específicas. El error de concebir estas presunciones como descripción de la realidad acaso obedezca a que el legislador, cuando establece presunciones (al menos presunciones materiales de hecho) lo suele hacer apoyándose en datos científico-técnicos y en reglas de experiencia”. MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, pp. 138 y 141.

<sup>372</sup> “Puede decirse, en definitiva, que la presunción de inocencia, en cuanto regla que impone una decisión absolutoria en caso de duda sobre la veracidad de los hechos, no es una garantía epistemológica de las tesis fácticas que se conectan a esa decisión, sino una garantía de libertad que <supone un límite al ejercicio del *ius puniendo del Estado*, límite que se proyecta, en sustancia, sobre el régimen de la prueba en el proceso o, lo que es lo mismo, sobre el modo de acreditar y fundamentar, en su caso, la culpabilidad del procesado. En este último sentido, pero sólo en este, la presunción de inocencia puede entenderse también como una garantía de que las tesis fácticas de una eventual decisión condenatoria cumplen con los requisitos epistemológicos de confirmación y no refutación; es decir, como una garantía instrumental de verdad de esas tesis”. MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, ob, cit, p. 145.

Por el contrario, desde una perspectiva no de simple legalidad procesal, sino constitucional<sup>373</sup>, la presunción de inocencia no puede infirmarse con *medias pruebas*, con *pruebas semi-plenas*, con *verdades a medias* (que no son prueba, ni son verdad), con *verdades probables* (que no son verdad sino simple probabilidad), ni con simples *intimas convicciones* reflejativas de probabilidades fácticas.

---

<sup>373</sup> “Un Estado social y democrático de derecho, como el nuestro, su orientación nace desde el propio preámbulo de la Carta Política cuando establece que: <(…) con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, LA JUSTICIA, LA IGUALDAD, el conocimiento, LA LIBERTAD y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo” (...)>

“El Estado sustentado en unos valores fundamentales a fin de garantizar los derechos básicos del ciudadano, dentro de los cuales se destaca la justicia, la igualdad y la libertad; que en el ámbito del ejercicio del poder punitivo del Estado, significa la competencia de los agentes de justicia de investigar, juzgar y sentenciar (en un concepto genérico) o de intervenir en la esfera particular de los ciudadanos afectando o restringiendo sus libertades fundamentales (en un concepto específico), todo en un plano de igualdad y dentro del marco conceptual de un respeto absoluto por la dignidad humana, *no puede tener como justo sino lo que es cierto y lo cierto solo admite el estado de certeza*”

“De esta manera la necesidad de certeza para que sea predicable una sentencia condenatoria, no es impuesta en sus fundamentos por uno u otro sistema procesal, sino que la misma es impuesta por los valores, principios y reglas de nuestra Constitucionalidad” (...)

“Con la reforma cambiaron los art. 116, 250 y 251 de la Carta Política, todo lo demás está vigente, y por ello, los precedentes de nuestra Corte Constitucional en toda la abundante e importante jurisprudencia que se ha producido desde 1991, tiene plena aplicabilidad para efectos del entendimiento y desarrollo de la ley 906 de 2004. No se puede soterradamente reformarse la constitución en su fundamentabilidad y en su estructura so pretexto de haber introducido un esquema procesal en materia penal diferente al que teníamos”

“Bajo estas condiciones, y así no se entienda de ese modo en legislaciones foráneas, para nosotros, para nuestro Estado social de derecho la exigencia para emitir sentencia condenatoria consistente en el *convencimiento más allá de toda duda*, es igual que la exigencia que siempre hemos conocido y aplicado, esto es, ayer, hoy y mañana, *solo la certeza permite edificar una sentencia condenatoria. Sólo la certeza permite que se tenga como justa y verdadera una decisión judicial de condena*”. MAURICIO PAVA LUGO, *El Juicio de legalidad de la sentencia en la reforma penal*, conferencia cit.



La presunción de inocencia como totalidad jurídico-política concreta y garantista, merece desde los valores constitucionales del Estado social y democrático de derecho que su infirmación se pueda efectuar si, claro esta, pero a través de las totalidades concretas subjetivo-objetivas de la plena prueba y la certeza.

De no efectuarse así, de no interpretarse la magnitud e importancia constitucional del concepto de presunción de inocencia, significa sin más, dejar este postulado de incidencia sustancial a la deriva de las probabilidades, y traduce dejarla a los inciertos subjetivistas de la íntima convicción, con los riesgos no eventuales, circunstanciales, ni minoritarios sino todo lo contrario, reales, inminentes y mayoritarios de llegar a incurrirse en sendos y colectivos actos de arbitrariedad judiciales, que sobre la patente de curso normativa de la íntima convicción podrán llegar a destruir la presunción de inocencia con simples probabilidades y desconocimiento del *in dubio pro reo*, que viven y perviven epistemológicamente en el *hibrido epistemológico contradictorio* de la denominada normativamente íntima convicción mas allá de toda duda razonable.

La plena prueba y certeza como extremos objetivo-subjetivos inescindibles e interactuantes en acciones de mutua reciprocidad, como criterios de verdad jurídica y presupuestos para dictar sentencia condenatoria, no pueden generar reserva, malestar o incomodidad política al ordenamiento jurídico penal, ni son factor de desequilibrio, impunidad, arbitrariedad, ni subjetivismo judicial; todo lo contrario, han sido parte esencial y sustancial de nuestra tradición jurídica, y como presupuestos para dictar sentencia condenatoria hemos visto a esos conceptos insertados en todos los estatutos procesales penales antecedentes a la Ley 906 de 2004.

La plena prueba y certeza no son concepciones garantistas extrañas ni advenedizas. Por el contrario, han acompañado a nuestro sistema penal a todo lo largo de su historia republicana. En esa medida, conforme a los reglados que en forma garantista se han dado en múltiples legislaciones de otros países, a la plena prueba y certeza como criterios de verdad jurídica no se le pueden crear de manera artificial *tabús, ni fantasmas epistemológicos acomodaticios*, so pretexto de equiparar la certeza a la categoría de verdad absoluta, asimilación que epistemológicamente no aguanta menores dialécticas de confrontación conforme a los dictados de la teoría del conocimiento.

La certeza como estadio subjetivo-objetivo en el que la realidad objetiva es aprehendida en su totalidad concreta por la mente y por el pensamiento del cognoscente en carácter de síntesis, como totalidad concreta y conforme a la *dialéctica de lo concreto*<sup>374</sup> *no es verdad*

---

<sup>374</sup> “*La dialéctica de la totalidad concreta*, no es un método que pretenda ingenuamente conocer *todos* los aspectos de la realidad sin excepción y ofrecer un cuadro “total” de la realidad con sus infinitos aspectos y propiedades, sino que es una teoría de la realidad y de su conocimiento como realidad. *La totalidad concreta*, no es un método para captar y describir *todos* los aspectos, caracteres, propiedades, relaciones y procesos de la realidad; es la teoría de la realidad como realidad concreta” (...)

“El punto de vista de la totalidad concreta no tiene nada de común con la totalidad “holista”, organicista o neorromántica, que hipostasía el todo sobre las partes, y efectúa la mitologización del todo. La dialéctica no puede concebir la totalidad como un todo ya acabado y formalizado que determina las partes, por cuanto a la propia determinación de la totalidad perteneces la *génesis* y el *desarrollo* de la totalidad, lo que implica desde el punto de vista metodológico la indagación de cómo *nace* la totalidad, y cuáles son las *fuentes internas de su desarrollo y movimiento*” (...)

“*La totalidad concreta* como concepción dialéctico-materialista del *conocimiento* de lo real (cuya dependencia, respecto de la problemática ontológica de la realidad, ya hemos subrayado reiteradas veces) significa por tanto un proceso indivisible cuyos elementos son: la destrucción de la preseudoconcreción, es decir, de la aparente y fetichista objetividad del fenómeno, y el conocimiento de su auténtica objetividad; en segundo lugar, el conocimiento del carácter histórico del fenómeno, en el cual se manifiesta de modo peculiar la dialéctica de lo singular y lo general humano; y por último, el conocimiento del contenido objetivo y del significado del fenómeno, de su

*absoluta*, sino *verdad relativa*, criterio de relatividad que no traduce vacíos, inacabados o insuficiencias probatorias; tema sobre el que nos detuvimos en acápite anteriores.

En esa medida, consideramos que el *fantasma argumentativo* importado del sistema norteamericano, en sentido que se torna jurídica y políticamente necesario proceder normativamente a sustituir y dejar de lado el criterio de certeza, bajo el argumento de que “*generar certeza absoluta en la mente de un juzgador es una tarea muy complicada*”<sup>375</sup>, y que ésta es inalcanzable, irrealizable e imposible de lograr por contraer en sus extremos los contenidos de lo que se conoce como *verdad absoluta*, no dejan de ser argumentos de apariencia, falso-justificativos, pues en ningún área de saber cognoscitiva, ni aún en las rigurosamente científicas, ni menos en las áreas de saber jurídico, como de las que se ocupa el derecho penal y el debido proceso penal, jamás se ha llegado a nivelar ni a erigir el concepto de certeza, como equivalente al de verdad absoluta.

La plena prueba en sus proyecciones probatorias que dan soportes a lo subjetivo y objetivo de la certeza, son verdad relativa, pero, como tal no implica que se impliquen lagunas o insuficiencias probatorias.

---

función objetiva y del lugar histórico que ocupa en el seno del todo social”. KAREL KOSIK, *Dialéctica de lo concreto*, ob, cit, pp. 71, 72, 74.

<sup>375</sup> “El sistema norteamericano cree, incluso fundadamente en este aspecto, que generar certeza absoluta en la mente de un juzgador es una tarea muy complicada, no solo filosófica, sino incluso, en el plano práctico; lo importante es que este juzgador no tenga en su mente desprevenida duda que pueda fundar con base en las pruebas que desfilan en el juicio oral, y si llega a ese convencimiento, sencillamente puede condenar. Si se trata del jurado esa apreciación es mucho mas subjetiva que la del Juez. Sin embargo, tanto el jurado como el juez no están obligados a fundamentar la prueba. Ellos llegan al convencimiento interior y lo exponen así”. JAIME GRANADOS PEÑA, *El Sistema acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General de la Nación*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 33.

La relatividad de la plena prueba y relatividad de la certeza son totalidades concretas-relativas en las que no residen probabilidades fácticas, ni dudas probatorias, y como criterios de verdad jurídica, sin duda y sin extremos, generan mayor seguridad jurídica como presupuestos para dictar sentencia condenatoria, a diferencia de las inmensas inseguridades jurídicas que se pueden derivar del criterio de la íntima convicción.

El Estado constitucional, social y democrático de derecho, como es el nuestro, con poderes en los que sus organismos de control, hoy son comparables con los mejores servicios de inteligencia de los países de la comunidad de naciones; este Estado constitucional que no es ningún infante, primerizo, ni ensayista ciego en cuanto a investigaciones penales de todo orden se refiere, no puede llegar a incriminar a la plena prueba y a la certeza como enemigos desequilibrantes o atentatorios de la institucionalidad, ni puede atribuir a esas categorías, responsabilidades de impunidad mayoritarias, ni a granel.

El Estado constitucional, con todo su poderío en lo interno, apoyado externamente por los organismos de inteligencia mas avanzados y sofisticados de los países de la comunidad de naciones; todas las veces, en absoluto, que ha puesto de presente su voluntad política, ha logrado inmensas e innumerables plenitudes probatorias y certezas; y frente a dichos logros que han sido objeto de mención y reconocimiento internacional de todo orden, nunca se detuvo el Estado, ni nunca llegaron a reparar los organismos de inteligencia nuestros en poner como *categoría de refreno*, el argumento de la imposibilidad o inalcanzabilidad de la certeza, so pretexto de ser esta equiparable al concepto de una verdad absoluta.

A la certeza, pues, como estadio cognoscitivo visto en su totalidad de concreta-relativa, el Estado no le puede anteponer *fantasmas*

*argumentativos*, para auto-inventarse enemigos institucionales que no existen.

El Estado constitucional, social y democrático de derecho, los colectivos humanos, las sociedades democráticas, ni las sociedades académicas incluidas las jurídicas, pueden llegar a esgrimir miedos infundados hacia la plena prueba y certeza, pues de hacerse, como argumentos de apariencia y justificaciones políticas de paso, traduciría como llegar a tenerle miedo y reservas al conocimiento, a la realidad objetiva y verdad objetiva, que como procesos cognoscitivos de acción y resultados, han sido y seguirán siendo la constante vivencial y cósmica del hombre y de la naturaleza humana en su lucha cotidiana, permanente e irrenunciable de llegar a alcanzar verdades objetivas y certezas, y no la de simplemente quedarse en las medias pruebas, medias verdades, ni en las semi-plenitudes probatorias de las probabilidades fácticas.

#### **J) De la verosimilitud.-**

SENTIS MELENDO al respecto, escribe:

*“Verosimilitud. Al igual que la sospecha, la verosimilitud no constituye un elemento probatorio; acaso menos que aquella (...). Por eso creo que tiene toda la razón GORPHE, para calificar a la noción de verosimilitud de «superficial, insuficiente y peligrosa»”. Y agrega a renglón seguido: “¿quién fijará su nivel y quién su criterio? La verosimilitud no es sino un camino hacia la certeza y camino poco seguro: lo verdadero no siempre es verosímil, ni lo verosímil verdadero. Consideramos que la sospecha como intimidad, y la verosimilitud, como fenómeno objetivo son puntos de partida para una investigación; pero nada más. Por eso; Dosi, con toda razón, nos recuerda una advertencia de Leone, según la cual se debe ser*

*muy cautos en adoptar como medida de valoración el criterio de verosimilitud; y nos parece peligrosa la tesis jurisprudencial según la cual «no siempre cabe exigir la plena prueba, sino solo de la verosimilitud con que se produjeron los hechos y las circunstancias que lo rodean conforme se aduce teniendo en cuenta su naturaleza y tales circunstancias»<sup>376</sup>.*

BRICHETTI, cita a VICO, quien afirmaba:

*“Lo verosímil, está casi a la mitad entre lo verdadero y lo falso; así como lo que es casi siempre verdadero y resulta muy raramente falso”. Y renglones abajo cita un extracto de casación que dice así: “Lo verosímil tiene, pues, por efecto producir en nosotros un cierto grado de persuasión, pero no una persuasión completa. Por tanto, el mismo no puede nunca ser puesto como fundamento de una condena, ya sea causa civil o en causa penal, porque debe tener como fundamento la decisión de hechos seguros, no solamente probables ya que la probabilidad no es certeza”. Y puntualiza: “Así como la inverosimilitud puede transformarse en verdad, pudiendo demostrarse que el hecho inverosímil es verdadero, así el hecho verosímil puede después demostrarse que es falso; de aquí resulta confirmado que la certeza es única y que ella existe o no existe”<sup>377</sup>.*

DOHORING, al comentar una sentencia del Tribunal Supremo alemán, se pronuncia y afirma:

*“Poco feliz fue sobre todo el aserto de que el juez tenía que contentarse con un grado de verosimilitud tan alto como el que resultare de agotar en lo posible y aplicar concienzudamente los medios de cognición existentes (...). Formulaciones como esas y otras parecidas inducen al operante a constatar los hechos más bien a la buena de Dios, aun cuando sea*

---

<sup>376</sup> SANTIAGO SENTÍS MELENDO, ob. cit., pp. 159, 210 y 211.

<sup>377</sup> GIOVANNI BRICHETTI, ob. cit., pp. 92 y 93.

*perfectamente viable una pesquisa exacta. El razonar por verosimilitud entumece normalmente el afán por esclarecer, lo que ejerce una influencia desfavorable en la averiguación (...), quien en especial intente orientarse principalmente por el concepto de verosimilitud para determinar la medida de prueba, se verá pronto frente a muchas anfibologías, que desharán toda esperanza en lograr principios generales utilizables”<sup>378</sup>.*

CALAMANDREI, citado por WALTER, expresa:

*“Aunque estemos convencidos de que la naturaleza humana no es capaz de alcanzar verdades absolutas, es un deber de honestidad extremar el esfuerzo para acercarse lo más posible a esa meta inalcanzable. Aun cuando estemos convencidos de que la sentencia final no podría ser sino una sentencia de verosimilitud, y el error judicial nunca puede excluirse del todo, ello no impide que el objetivo de toda la estructura del procedimiento tenga que consistir en darle a la búsqueda de la verdad una forma en lo posible profundizada y controlada, para que la distancia entre la verdad y la verosimilitud quede reducida a un mínimo”<sup>379</sup>.*

Conforme a las anteriores citas, ha lugar a considerar que los contenidos de la probabilidad y verosimilitud<sup>380</sup> no son extraños entre sí, sino que por

---

<sup>378</sup> ERICH DOHRING, ob. cit., pp. 423 y 424.

<sup>379</sup> CALAMANDREI, citado por GERARD WALTER, ob. cit., p. 195.

<sup>380</sup> “Pero es preciso determinar aquí el sentido que doy a las palabras *verosimilitud* e *inverosimilitud*. La *posibilidad* y la *imposibilidad* no existen por de pronto en el sujeto que juzga, sino en el objeto juzgado; así, se dice que el objeto es verosímil o inverosímil cuando al sujeto le parece posible o imposible (pudiendo o no serlo), porque ve en él o no los caracteres de la verdad. En el lenguaje usual considerase verosímil e inverosímil lo probable y lo improbable; pero esto es mas propiamente análogo, correspondiente, semejante a lo verdadero, reconocido o no. La probabilidad o improbabilidad de un hecho puede servir de argumento supletorio y fortificante para avalorar los demás datos favorables o contrarios a la veracidad, mientras que la posibilidad y la imposibilidad son las que confirman o rechazan de un modo absoluto cualquier prueba. De la verosimilitud y de la inverosimilitud de la misa es de lo que se trata cuando se dice que, para que un hecho se estime

el contrario, se deben y corresponden, habida razón que la verosimilitud<sup>381</sup> entendida genéricamente como *lo que tiene apariencia de verdad*, surge precisamente de la probabilidad.

Sin pasar a detenernos en las semejanzas o diferencias que puedan llegar a darse entre la verosimilitud y la probabilidad; sin detenernos en el análisis acerca de la mayor o menor fuerza demostrativa que la una o la otra posea o pueda llegar a alcanzar, esto es, sin entrar a efectuar precisiones acerca de cuál es superior o inferior, pues ello en últimas traduciría seguir rondando alrededor de los más o menos argumentativos; consideramos que la probabilidad, ni la verosimilitud por sí solas se tornan suficientes como criterio de verdad jurídica para proferir sentencia condenatoria, pues tanto en la probabilidad como en la verosimilitud, los balanceos de convicción oscilan alrededor de *los más o menos*, es decir, giran en punto de los *motivos a favor y en contra* acerca del objeto de conocimiento por probar de que se trate.

---

como cierto, además de estar probado, debe ser verosímil, y que si es inverosímil no importa que este probado". PIETRO ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales*, ob, cit, p. 37.

<sup>381</sup> "Mientras "verosímil" significa "símil" a la verdad, y un hecho deberá considerarse tal cuando sus circunstancias concuerden con las personas, con los lugares, con los eventos, hasta el punto de parecer ocurrido de conformidad con cuanto se afirma, el mismo deberá considerarse *inverosímil* cuando no aparezca como símil a la verdad, en vista de la relación que existe entre sus probabilidades negativas y positivas. Mientras lo verosímil es conforme al operar ordinario de la naturaleza, lo inverosímil presenta el carácter contrario" (...)

"Si se quisiera establecer diversos grados entre la probabilidad y la evidencia, se podría afirmar que la probabilidad se aproxima a lo verosímil, lo verosímil a la verdad, la verdad a la certeza y la certeza a la evidencia. Así como la inverosimilitud puede transformarse en verdad, pudiendo demostrarse que el hecho inverosímil es verdadero, así el hecho verosímil puede después demostrarse que es falso; de aquí resulta confirmado que la certeza es única y que ella existe o no existe". GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, ob, cit, pp. 92 y 93.



Se trata de más o menos, razones a favor en contra que de cara a la verdad jurídica, lo cierto es, que en últimas se terminan resolviendo en uno u otro sentido por medio y a través de la subjetividad del juzgador de la que no se puede prescindir, pero siempre se quedará en los balanceos *de lo menos probable, de lo probable, de lo más probable, de lo menos verosímil, de lo verosímil, de lo mas verosímil*; y ante la imposibilidad de establecer la verdad plena por ausencia de plena prueba y ausencia de certeza: la verdad jurídica siempre terminará reducida a la libre elección de las medias pruebas dadas y que residen ora en lo probable, ora en lo verosímil.

Con lo anterior, significamos que la probabilidad y la verosimilitud, como estadios no es dable equiparlos al criterio de verdad jurídica de certeza<sup>382</sup>.

No obstante lo anterior, y tratándose de la denotación de las cercanías que existen entre la probabilidad y la verosimilitud, bien puede decirse que la probabilidad habrá de ser vista en sus contenidos objetivos, y que la verosimilitud dada en sus contenidos subjetivos surge a partir y como resultante de la misma probabilidad, y como efecto de la libre valoración de las pruebas.

---

<sup>382</sup> “Conviene distinguir muy bien la *probabilidad* de la *certeza*. 1.- Hay probabilidad, cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero sólo en el caso que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido. Resulta la probabilidad, o de las pruebas que deberían por si mismas establecer la verdad no se presentan a primera vista con las condiciones necesarias. 2.- o de que, en oposición a los motivos suministrados por ella, existen otros también muy fundados, en sentido contrario. 3.- o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos. 4.- que a pesar de su reunión no son todavía bastante poderosos para producir la certeza. En ninguno de estos casos puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda, y la conciencia no puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario”. C.J.A. MITERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ob, cit, p. 78.

Al observarse y aprehenderse la verosimilitud ligada en forma íntima, de una parte, a los contenidos objetivos dados en la probabilidad y, de otra parte, ligada en cuanto a sus contenidos subjetivos a la libre valoración de las pruebas; bien podrá decirse de cara a sus contenidos que:

La libre valoración de las pruebas de cara a los contenidos subjetivos de la verosimilitud no podrá entenderse como libre arbitrio, libertad facultativa, ni como libertinaje valorativo, sino que por el contrario habrá de aprehenderse como libertad entendida como racionalidad, acorde y ajustada con las máximas de experiencia, ejercicios de la sana crítica, leyes de la lógica y ciencia.

Si bien es cierto, en dicha libertad de valoración se integran todas las subjetividades del sujeto cognoscente, como todos los procesos de logicidades, de igual y como es de suyo, so pretexto de dicha libertad, jamás se podrá soslayar los principios rectores de la prueba (oportunidad; necesidad; pertinencia; admisibilidad; publicidad; contradicción; inmediación, legalidad y licitud de la prueba), toda vez que esos postulados vistos en su conjunto constituyen fundamentos y límites de la apreciación de las pruebas, lo cual traduce que de igual constituyen el fundamento y límites de la verosimilitud.

En esa medida, la unidad de las máximas de experiencia, ejercicios de la sana crítica, leyes de la lógica y ciencia, en complementariedad con el respeto de los principios rectores de la prueba, constituyen un *standard jurídico*<sup>383</sup>, que fue definido por HAURIOU, como “*un procedimiento de*

---

<sup>383</sup> *Sana crítica y standard jurídico*.- Hace ya muchos años que COUTURE se dejó atrapar, o nos atrapó, en las redes del “standard” jurídico; ya en su monografía sobre el tema, nos dice que las “reglas de la sana crítica” constituyen un *standard jurídico*. A continuación la definición de *Standard*: “Por tal se entiende, según hemos tenido en otra oportunidad ocasión de destacar, una línea de conducta general susceptible de abarcar numerosas situaciones representativas de cierta medida de comportamiento social” (...)

*preparación y de organización jurídica para colocar seguramente en su lugar todos los datos del problema que se ha de resolver.*

Por tanto, tratándose de los contenidos objetivo-subjetivos que de igual residen en la verosimilitud, el juzgador, a más de seguir las luces y faros de la experiencia investigativa de las verdades técnicas y científicas reveladas por las denominadas ciencias auxiliares del derecho penal y recogidas bajo el conjunto de la criminalística, habrá de observar y respetar los principios rectores de las pruebas, que como principios y límites de la libertad probatoria de cara a la verosimilitud, le proyectarán las esencias con las cuales podrá desplegarse hacia la valoración probatoria, a la cual, habrá de integrar máximas de experiencia, ejercicios de la sana crítica, las leyes de la lógica y ciencia.

Ahora bien, es cierto que al proceso de conocimiento de la investigación penal se le anteponen en su desarrollo, dificultades de toda índole, obstáculos subjetivos y objetivos, pre elaborados, espontáneos o desprevenidos, unos superables, otros insuperables, etc., que en realidad impiden de una u otra manera que en casos concretos se llegue al esclarecimiento de los hechos en forma total, lo cual no traduce que sea lo común y generalizado, pues ciertamente son muchísimos los eventos de la historia penal en los que se ha llegado al descubrimiento total de la verdad.

---

"SPOTA, acude a HAURIU, el cual nos define: "El standard es un elemento de método comparable al instrumento que le permite al comandante de un navío determinar el punto en longitud y en latitud. Después deducirá la ruta a seguir. La ruta a seguir es la directiva, pero para establecerla es necesario fijar el punto, saber dónde está, cuáles son los datos de la situación". SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba*, ob, cit, pp. 276 y 277.

Anteponer como premisa y elevar a la categoría de axioma que el hombre no es capaz o no puede llegar a la verdad objetiva, sino a resultados aproximativos, probables o verosímiles y contentarse en el proceso penal con “la probabilidad como nivel suficiente de evidencia”, es desconocer, de una parte, la existencia de la verdad objetiva y, de otra, negar y colocar en juicio la capacidad del hombre en su proceso de conocimiento y sus posibilidades de conocimiento.

Quizá para algunos, no sé cuántos, pero creemos que para pocos, las discursivas filosóficas del método dialéctico sean lo menos importante y opten por la vía no trascendental del empirismo y se contenten con el practicismo sin preocupaciones sobre si la verdad existe o no, si es total y concreto-relativa, si es relativa; y sin detenerse en los extremos y contenidos de la verdad jurídica procedan a darle curso libre al facilismo y menor esfuerzo; y lleguen a dar por sentado que como el hombre no puede llegar a la verdad total en materia criminal, debe conformarse con probabilidades, verosimilitudes y asunto concluido.

Aquellos practicismos, en efecto, son criterios que no compartimos, pues desde la dialéctica del conocimiento seguiremos haciendo parte del colectivo de quienes conciben el proceso de conocimiento a partir de referencias cognoscitivas de la realidad objetiva y verdad objetiva, entendida no en expresiones de verdad absoluta, sino en contenidos de totalidades concreto relativas; y seguiremos acompañando a quienes, no con ingenuidades epistemológicas, sino con realísticas, creen y siguen creyendo y confiando en la inmensa e ilimitada capacidad creadora, científica e investigadora del hombre en su lucha infinita e indeclinable por la verdad, que día a día busca no solo en las áreas de saber penales, sino en las indistintas como innumerables áreas de conocimiento científico natural y social.

Así las cosas, los obstáculos y dificultades objetivos y subjetivos que se le presentan al investigador y juzgador penal, se deben sopesar y evaluar en su proveniencia, si son desprevénidos o espontáneos, o si por el contrario son pre elaborados, pero dependiendo de su origen o causa, no tienen por qué saltarse y resolverse contra del procesado en orden a llegar a sentenciar como verdadero lo probable en orden a declarar como cierto lo simplemente verosímil, toda vez que el muro que separa la probabilidad de la verdad y verosimilitud de la certeza, no puede derribarse a golpes de martillo, so pretextos del efectivismo y los resultadismos punitivos, en orden a que las piedras y bloques de la probabilidad y mera verosimilitud lleguen a aplastar al procesado y lo sepulten en esas tumbas anticipadas: llamadas Cárceles del Mundo!

La probabilidad y verosimilitud son categorías valorativas de prueba, pero no son prueba, ni son verdad, y si a ésta se quiere llegar se ha de llegar de manera fluida y cristalina por la vía inferencial, reflexionando puntualmente sobre los vacíos, lagunas, insuficiencias probatorias; preguntándose del porqué y origen de los mismos, si se deben a obstáculos ajenos, a la pre confección, la coartada, el artificio, manipulación, marrulla, o si por el contrario, están desposeídos de tales adjetivaciones.

Diferenciar sobre las dudas no es un imposible mental ni filosófico para el hombre que haya asumido la loable misión y responsabilidad de administrar justicia. Si después de aplicar las reglas de la experiencia, aprehendidas directa o indirectamente, si después de acudir al análisis y la síntesis, la inducción, deducción y todo el caudal de categorías apreciativas y valorativas, concluye que las dudas son objetivas e insuperables y éstas se refieren a la unidad esencial del delito, no tendrá otra vía que aplicar el *in dubio pro reo* a cualquiera de las categorías calificadoras de la conducta investigada; pero lo menos que podrá hacer

es saltar por encima de lagunas, de lo inacabado, de lo insuficientemente demostrativo para llegar a una “supuesta verdad” en paracaídas: al realizar dicho salto figurativo son muchísimas las injusticias que se pueden llegar a cometer.

Así, pues, aceptar que en materia penal se puede condenar con fundamento en la probabilidad como estado objetivo incompleto, o con fundamento en la verosimilitud como estado subjetivo distante de la certeza, es permitir que se pueda condenar con la presencia de dudas, es dar lugar a que las dudas se resuelvan no a favor del procesado, sino en contra.

Respetamos pero no compartimos los criterios de quienes indistintamente piensan que teórica y prácticamente ello debe realizarse así —al fin y al cabo es una opción sobre la que rondan muchos criterios ideológicos—, que las dudas no se deben resolver a favor del procesado, sino contra el mismo, como es lo que significa condenar con fundamento en la probabilidad y la verosimilitud.

Pero nos asalta una inquietud: ¿Qué podrán llegar a pensar el día en que por infortunio, equivocación o tramoya, lo que es posible como real, lleguen a protagonizar la calidad de procesados?, ¿seguirán pensando lo mismo, o por el contrario, invocarán a todos los dioses del Olimpo y en especial a la diosa Temis, para que incline su balanza hacia la aplicación del *in dubio pro reo*...?

#### **K) De la plena prueba y la certeza.-**

Hemos de subrayar que en este apartado colocamos de presente la relación objetivo-subjetiva que se da en todo proceso de conocimiento,

esto es, la relación objeto cognoscible-sujeto cognoscente. En ese sentido, la plena prueba como conjunto de fenómenos que expresan, revelan o muestran un objeto investigado, es lo objetivo, lo *concreto sensible*<sup>384</sup>, y la certeza (como suma cognoscente en la que funcionan las facultades intelectivas, operaciones de senso-percepción, abstracción, análisis y síntesis) es lo subjetivo, es lo *concreto del pensamiento*<sup>385</sup>.

### L) De la plena prueba.-

GIOVANNI BRICHETTI, nos dice al respecto de la plena prueba:

*“Quae non est plena probatio, plane nulla probatio est (la prueba que no es plena, sencillamente no es prueba alguna)”. Y en letra menuda cita a Mattei quien enseñaba: “En otras palabras, la denominada prueba semiplena es la prueba, por decir así, mutilada; no es más que un momento de aquel proceso que es la prueba. Es un fragmento, una porción de prueba, no la prueba. Es exacta, por tanto, la afirmación de los prácticos: « Ut veritas, ita probatio scindi non potest» (así como la verdad, así tampoco la prueba debe dividirse). Cuando en nuestra legislación se hace referencia a medios de prueba que hacen plena fe, plena prueba, no se quiere significar otra cosa sino que se trata de medios de prueba que*

---

<sup>384</sup> TCHANG EN TSE, *Verdad y conocimiento*, ob. cit., p. 165.

<sup>385</sup> “El materialismo dialéctico considera que la noción de <concreto> tiene dos sentidos diferentes: el primer sentido designa el conocimiento de la imagen sensible (certeza sensible), esto es, *lo concreto sensible*; el segundo designa el conocimiento de las diversas determinaciones internas de las cosas, esto es, *lo concreto de pensamiento*. El <carácter concreto> de la verdad corresponde a la segunda definición. El materialismo dialéctico no niega el carácter concreto de la certeza sensible, pero ella no representa más que el conocimiento exterior de las cosas singulares y sus determinaciones internas. Lo concreto sensible, que es el reflejo de fenómenos particulares, es siempre superficial y unilateral, sea su proximidad a las cosas percibidas. Sólo lo concreto de pensamiento permite comprender las diversas determinaciones internas de las cosas y de los fenómenos”. TCHANG EN TSE, *Verdad y conocimiento*, ob. cit, p. 165.

*tienen eficacia de probar; a diferencia de otros medios que no constituyen más que un principio de prueba o simple indicio. Por eso, el adjetivo de «plena» no solo es inútil, sino que es dañoso para la precisa determinación del concepto legislativo, al dejar de suponer que puede existir una prueba que, sin ser plena, sea entera”. Y renglones abajo puntualiza: “Lo que descubre la verdad es una prueba; lo que no la descubre más que a medias, no es una prueba, porque lejos de mostrar la verdad, no permite más que adivinarla”<sup>386</sup>.*

SENTIS MELENDO, manifiesta:

*“La que llamamos plena es una prueba que sola nos da la certeza; esto es la medida subjetiva de la verdad (...), la prueba solo puede ser, como tal plena; y no habrá que denominarla así; solo admitiendo que existen pruebas incompletas, imperfectas o semiplenas, se puede denominar plena a «la que manifiesta, sin dejar duda alguna la verdad del hecho controvertido instruyendo al juez para que en virtud de ella pueda dar sentencia condenatoria o absolutoria»”.*

Y agrega más adelante: *“La prueba plena supone la eliminación de toda duda racional, la seguridad de que los hechos han ocurrido de determinada manera, la tranquilidad absoluta de la conciencia del juez. Y entonces entrarán en juego determinados principios procesales y entre ellos, como más importantes, el del beneficio de la duda y el de la carga de la prueba”<sup>387</sup>.*

FRAMARINO nos indica:

---

<sup>386</sup> GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 50 y 51.

<sup>387</sup> SANTIAGO SENTÍS MELENDO, *La prueba*, ob. cit., pp. 110 y 300.



*“Al determinar la noción de convencimiento judicial, dijimos ante todo que no es susceptible de grados, como la certeza; de lo cual se deriva que las pruebas, sin que en ello haya término medio, o bien originan convencimiento y tienen eficacia y verdadera naturaleza de prueba, o no logran producir convicción y no merecen el nombre de pruebas, pues no tienen ni la eficacia ni la verdadera naturaleza persuasiva de tales. Por lo tanto debe ser rechazada con relación a la certeza, la ilógica graduación de la prueba que la considera plena o no plena, porque así como el convencimiento pleno no es convencimiento, del mismo modo la prueba no plena no es prueba”<sup>388</sup>.*

PIETRO ELLERO, expresa:

*“En rigor, se llaman perfectas aquellas pruebas que aseveran de una manera plena, produciendo en nosotros la certeza que se busca y de la cual depende el juicio o la apreciación que se trata de formar. Si una prueba provoca dicha certeza, es, sin más perfecta. Pero ¿por qué la provoca? (...) La respuesta a esta última pregunta es la que puede darnos la verdadera razón objetiva en virtud de la cual una prueba resulta realmente perfecta. Ahora bien: considerando la naturaleza de la prueba y de la certeza, puede decirse que la segunda surge en nosotros cuando entre la primera y el hecho a que se refiere se produce una relación de necesidad; he aquí el criterio para juzgar la perfección de la prueba”<sup>389</sup>.*

ARENAS SALAZAR, puntualiza:

*“La plena prueba no puede ser nada diferente de la demostración verdadera de un hecho y unas imputaciones. Debe demostrarse en el*

---

<sup>388</sup> FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en material criminal*, ob. cit. t. I, pp.. 101 y 102.

<sup>389</sup> PIETRO ELLERO, ob. cit., p. 39.

*proceso que el hecho existió y que el imputado lo realizó (...). Si no fuera posible la plena prueba tendríamos que reconocer entonces que cualquier prueba sería suficiente. La plena prueba es incompatible radicalmente con las verdades relativas” y “las verdades hasta cierto punto”<sup>390</sup>.*

Como se observa, los tratadistas se refieren al concepto de plena prueba<sup>391</sup> desde varias perspectivas, pero lo más importante es que no difieren mucho unos de otros, toda vez que apuntan a la inexactitud<sup>392</sup>, contrasentido o ilógica graduación doctrinaria que distingue entre prueba semiplena y prueba plena, toda vez que la conclusión (hechos probados) debe llevar de por sí en su contenido la plenitud demostrativa de los mismos expresadas en lo acabado, completo, en las estrechas relaciones de necesidad establecidas entre los fenómenos averiguados y el objeto investigado; descartándose, por tanto, lo inacabado, incompleto, fraccionario o lo parcial en el concepto de plena prueba.

---

<sup>390</sup> JORGE ARENAS SALAZAR, ob. cit., págs. 126 y 127.

<sup>391</sup> “Pero, afortunadamente, podemos evitarnos el trabajo que implican estas deducciones de fracciones aritméticas, porque la prueba no puede ser sino un todo íntegro, ya que, como hemos dicho, en tratándose de la certeza no hay término medio, y así, o bien estamos ciertos de algo, o no lo estamos. La lógica no admite fracciones de certeza, y la *media certeza* es una contradicción en los términos, perdonable en la retórica vulgar, pero que debe encontrar asidero en el severo lenguaje de la ciencia”. NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en material criminal* ob, cit, p. 103.

<sup>392</sup> “El conocimiento es como una toma de posesión de la realidad por parte del pensamiento; la prueba evidente es también ella una toma de posesión de la realidad, pero rápida y completa, y nos proporciona, por tanto, la demostración de la existencia de un hecho en modo tan patente y claro que se aproxima a la demostración de una verdad matemática. Por consiguiente, si bien debe considerarse inexacta la doctrina que distingue entre prueba plena y prueba no plena, en el sentido de que solamente la prueba plena es merecedora del apelativo de prueba, porque una prueba incompleta al ser tal deja de ser prueba –*gruae non est plena probatio plane nulla`probatio est* (la prueba que no es plena, sencillamente no es prueba”. GIOVANNI BRICHETTI, *La evidencia en el derecho procesal penal*, ob. cit., p. 50.

En acápites anteriores decíamos que el delito posee una unidad esencial (conducta humana objetivo-subjetiva, concreta, específica que la caracteriza, identifica y permite diferenciarla de otras conductas también esenciales, concretas y determinadas), en la que se implica lo esencial y no esencial, lo principal y accesorio de la misma, pues es a través de lo no esencial, accesorio y secundario como podemos llegar a lo esencial y principal (que la unidad esencial del delito es a su vez *necesaria*, pues para la existencia del delito es necesario que se haya desplegado en el mundo material una conducta humana); y una unidad fenomenológica (que expresa, muestra, da a conocer la unidad esencial).

Igualmente decíamos que la unidad fenomenológica (compuesta por aspectos, fenómenos personales, documentales, reales), debe corresponder a la unidad esencial en tiempo, espacio, lugar y medios utilizados. Y además que la unidad fenomenológica como conjunto, también debe obedecer al carácter de necesidad, en el sentido que los fenómenos averiguados como conjunto, deben necesariamente expresar, mostrar, revelar la conducta humana, puesto que si no tienen ese carácter no explican el delito.

Al comprender los conceptos de unidad esencial y fenomenológica del delito, podemos afirmar que: Los fenómenos como conjunto concreto, interrelacionado en nexos internos, externos de correspondencia, exclusiones, empatías, etc., acabado, específico, ubicado en tiempo, espacio, lugar, constituyen plena prueba cuando en su carácter de unidad fenomenológica expresan la unidad esencial del delito o su negación.

En el contenido del concepto de plena prueba se recoge el concepto de unidad fenomenológica que puede estar en relaciones de correspondencia o no con la unidad esencial del delito. En el primer evento estaremos ante la plena prueba del hecho punible (imputación objetiva, imputación

subjetiva) o ante la plena prueba de la no autoría o de algunas de las categorías que niegan el delito, y en el segundo evento estaremos ante la ausencia de plena prueba del hecho punible.

Así pues, la plenitud de correspondencia entre la unidad fenomenológica y unidad esencial del delito, proyecta la plenitud de existencia del delito como un todo típico, antijurídico y culpable. Y la plenitud de la no correspondencia entre la unidad fenomenológica y la unidad esencial del delito, no proyectará la ausencia de plenitud de la existencia del delito, por ausencia de imputación objetiva o ausencia de imputación subjetiva, esto es, por la presencia de alguna de las circunstancias o categorías que niegan al delito (no autoría, atipicidad, causales de ausencia de responsabilidad penal, etc.).

En dicho sentido, la correspondencia o no entre la unidad fenomenológica y la unidad esencial del delito puede ser plena, acabada, completa o total, o puede ser inacabada, incompleta o parcial, en cuyo evento no estaremos ante la prueba semiplena, sino ante la probabilidad, lo probable y decimos “simplemente”, pues la probabilidad no es susceptible de graduaciones, ni de nivelaciones.

En conclusión, las correspondencias a que hemos hecho referencia son siempre concretas, variables, cambiantes, como concretos, variables y cambiantes son los hechos punibles, dados en las conductas humanas objeto de investigación. Por tanto, el contenido del concepto plena prueba, también es concreto, variable y cambiante.

## **M) De la certeza**

TCHANG EN TSE, al respecto afirma:

*“cuando se habla del carácter concreto de la verdad, no es suficiente con mostrar de una manera general que las cosas son «la síntesis de numerosas determinaciones» y la «unidad de la multiplicidad», hace falta también poner en evidencia que estas diversas determinaciones de las cosas y de las relaciones entre ellas están sometidas a un movimiento de transformación incesante. En términos concretos, la transformación de las cosas y de los fenómenos se determina por el tiempo, lugar y condiciones, las determinaciones y las relaciones de las cosas son diferentes, hasta el punto que cosas idénticas pueden presentar según estos cambios, diferencias considerables, todo es dependiente y comprender las cosas fuera del tiempo, del lugar y de las condiciones es una desviación abstracta”.*

Y agrega: *“El materialismo dialéctico considera que la noción de concreto tiene dos sentidos diferentes: el primer sentido designa el conocimiento de la imagen sensible (certeza sensible), esto es, lo concreto sensible; el segundo designa el conocimiento de las diversas determinaciones internas de las cosas, esto es, lo concreto del pensamiento. El carácter concreto de la verdad corresponde a la segunda definición. El materialismo dialéctico no niega el carácter concreto de la certeza sensible, pero ella no representa más que el conocimiento exterior de las cosas singulares, y por ella no se puede dominar su naturaleza y sus determinaciones internas. Lo concreto sensible, que es el reflejo de fenómenos particulares, es siempre superficial y unilateral, sea cual sea su proximidad a las cosas percibidas. Solo lo concreto de pensamiento permite comprender las diversas determinaciones internas de las cosas y de los fenómenos”<sup>393</sup>.*

FRAMARINO, acerca de la certeza, afirma:

---

<sup>393</sup> TCHANG EN TSE, *Verdad y conocimiento*, ob. cit. pp. 163 y 165.

*“En general, la verdad es la conformidad (le la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza. Por lo tanto, la certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva (...). Establecer comparaciones sobre la cantidad de las varias certezas es irracional, puesto que la certeza, que es un estado simple e indivisible de la mente, es siempre igual, sea cual fuere la verdad a que se refiere (...). La certeza carece de grados y de cantidades, ya que, o bien estamos ciertos de algo o bien no lo estamos (...).*

*“Dijimos que la certeza es un estado subjetivo y agregamos que dicho estado no debe considerarse como independiente de la realidad objetiva, pues se trata de un estado psicológico producido por la acción de las realidades percibidas y por la conciencia de esas percepciones (...). La certeza asegura que hay relaciones de conformidad entre mis ideas y la verdad; el convencimiento agrega que en esta visión intelectual no hay error y que las ideas están conformes con la verdad. La certeza es la afirmación preliminar de la verdad, el convencimiento es la posterior afirmación de que poseemos certeza, de que entendemos que ella es legítima, y de que el espíritu no admite dudas en cuanto a esa verdad”<sup>394</sup>.*

PIETRO ELLERO, expresa:

*“Para mí, la certeza es una firme y formada persuasión y nada más (...). La certeza, la probabilidad, la duda que son los únicos y verdaderos grados persuasivos del hombre, como cualquiera puede observar en sí propio... Y aun puede decirse que los términos precisos e invariables son el primero y el tercero, esto es, la certeza y la duda, porque en el primero no hay un solo elemento de duda y en el tercero ni uno de certeza”<sup>395</sup>.*

---

<sup>394</sup> NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, ob. cit., t. I, págs. 15. 36, 38, 48 y 52.

<sup>395</sup> PIETRO ELLERO, ob. cit., pp. 16 y 27.

BRICHETTI, manifiesta:

*“Hay que establecer la distinción entre la evidencia sensible y la evidencia intelectual, ya que esta última no comprende tan solo el concepto de una clara aprehensión de la cosa, sino el concepto de una aprehensión necesaria, que produce irresistiblemente nuestro ascenso y determina nuestro juicio, de manera que es definido como «la aprehensión de la necesidad de una proposición» (...).*

*“La sensación de la certeza es el producto no de la impresión en nuestro espíritu de los datos probatorios, singularmente considerados, sino de la actividad, de la síntesis del sujeto que compara los varios datos. La conexión entre varios datos probatorios es cosa muy diversa de los datos singulares; y la verdad es precisamente la conexión de varios elementos, de modo que la interpretación de cada uno de ellos es la que cada elemento recibe de su colocación en el sistema (...).*

*“se debe observar que si con la prueba el conocimiento que se adquiere resulta incompleto, y el ánimo del juzgador tiene conciencia de la imperfección del mismo, entonces se duda. En cambio, si el conocimiento es completo, o al menos aparece como tal indagador, entonces se obtiene la certeza que es la negación de la duda. Si la certeza va acompañada por la conciencia de la imposibilidad absoluta de lo contrario, entonces toma el nombre de evidencia”<sup>396</sup>.*

GARCÍA VALENCIA, nos dice:

*“Es en la valoración probatoria donde se desarrolla el proceso dialéctico, de lo objetivo y subjetivo en perfecta unidad contradictoria. Ya hemos visto lo objetivo o sea la verdad, nos resta referirnos a lo subjetivo: la certeza.*

---

<sup>396</sup> GIOVANNI BRICHETTI, ob. cit., pp. 4, 9, 10 y 14.

*Esta acción permanente y recíproca de lo objetivo y lo subjetivo termina produciendo en el funcionario judicial un conocimiento superior para que entre a resolver el caso sometido a su consideración.*

*“La verdad como lo objetivo incide sobre lo subjetivo para obtener la certeza. Presenta al hombre el objeto de conocimiento. Este lo elabora mediante la razón y su conocimiento del mundo para captar la esencia de ese fenómeno. En este proceso hay un desplazamiento de lo objetivo hacia lo subjetivo y de lo subjetivo a lo objetivo. Lo uno no puede prescindir de lo otro. No puede haber certeza sin objetividad y no puede haber objetividad que no produzca certeza”<sup>397</sup>.*

De las anteriores citas de la doctrina, captamos que el contenido del concepto de certeza no es puramente subjetivo, toda vez que esta se erige a partir de evidencias físicas, en la medida que lo concreto del pensamiento surge de lo concreto sensible, y es así como de lo exterior de los fenómenos por la vía de la inferencia y totalidad de procesos mentales, el entendimiento avanza hacia el conocimiento de lo interno, de lo profundo de los objetos, esto es, el conocimiento va de lo fenomenológico a lo esencial, y cuando se eliminan dudas<sup>398</sup>, y cuando capta o aprehende

---

<sup>397</sup> JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA., ob. cit., p. 217.

<sup>398</sup> “Aunque, como hemos visto, se ha caracterizado la certeza como la ausencia de toda duda, sin embargo, es preciso reconocer que existe siempre la posibilidad de error, y por tanto, que las dudas no lleguen a disiparse en su totalidad. La justicia humana, como manifestación de la actividad del ser humano, no es infalible y, por tanto, no está exenta de errores. Por ello, los partidarios de tal postura distinguen entre dudas relevantes y dudas irrelevantes para la formación de la convicción judicial. Se consideran como dudas irrelevantes las dudas teóricas o abstractas, fruto de la imperfección de los medios de conocimiento, ya que la posibilidad de duda existe siempre en abstracto (por ejemplo, teóricamente es siempre posible imaginar en todo proceso que los testigos han faltado a la verdad, pero bastara esa simple posibilidad abstracta, fruto de la imaginación y sin ningún fundamento fáctico, la función de juzgar devendría imposible). Dichas posibilidades abstractas o teóricas si bien no pueden excluirse enteramente debido a la habilidad del conocimiento humano, sin embargo, no deben ser tenidas en cuenta por el Juez para la formación de su convicción”



lo esencial, lo concreto sensible traducido en lo concreto del pensamiento se torna en certeza.

Así pues, consideramos que la certeza como aprehensión de la verdad objetiva, en sus sentidos de reflejo o correspondencia de la misma no es un simple estado subjetivista o unilateral de eliminación de dudas, al estilo de íntima convicción mas allá de toda duda (razonable); aunque matizando que lo esencial y característico que identifica a la certeza es la ausencia de toda duda<sup>399</sup>.

Por certeza, entendemos un estadio subjetivo-objetivo en el que la realidad objetiva es aprehendida como totalidad concreto-relativa por la mente y el pensamiento del sujeto cognoscente en carácter de síntesis; totalidad concreto-relativa que conforme a la dialéctica de lo concreto no es verdad absoluta, sino verdad relativa; criterio de relatividad que no

---

“Son dudas relevantes las dudas concretas, reales o positivas, es decir, aquellas que concretamente se ha planteado el Juez en el proceso y que se apoyan en hechos o datos concretos. Únicamente no se logrará el convencimiento judicial cuando el Juez no logre disipar esas dudas concretas. Por el contrario, una vez superadas se habrá conseguido el convencimiento judicial. Son, por tanto, las únicas dudas que el juez debe tomar en cuenta para la formación de su convicción”

“Es en este sentido en el que debe entenderse la expresión *certeza razonable* empleada por algunos autores. Según apunta DEVIS ECHANDÍA, el Juez obtendrá el convencimiento cuando logre despejar completamente toda duda razonable, tanto en el proceso civil como en el proceso penal”. MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, ob, cit, p. 59.

<sup>399</sup> “Lo característico de la certeza es la ausencia de toda duda, con lo cual la probabilidad queda excluida, en principio, de su concepto al existir en la misma un componente de duda. En este sentido, Ellero, afirmaba que <a medida que las dudas aminoran, la probabilidad aumente; una vez desvanecidas, la certeza surge>. También MITTERMAIER decía que <mientras quede una sombra de duda, no puede haber certeza posible para el Juez concienzudo>. Para Carnelutti, la certeza implica una elección, mas que entre dos juicios (*giudizi*), entre dos razonamientos (*ragionamenti*) encontrándose el Juez en la bifurcación entre dos caminos”. MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, ob. cit. p. 58.

implica en sus extremos y contenidos dudas, ni traduce vacíos, expresiones inacabadas, ni insuficiencias probatorias.

La aprehensión dialéctica que se consolida en la certeza es el proceso subjetivo-objetivo dado en la previa observación y valoración de los fenómenos averiguados, analizados por separado y en conjunto en múltiples interrelaciones, complementariedades y contradicciones.

La certeza así entendida constituye la cúspide, esto es, el umbral de la fase de verificación, lo cual no significa que sea el último y absoluto peldaño del proceso de conocimiento, toda vez que en esta cúspide como verdad concreta apropiada, bien ha lugar a rectificaciones, pues, como bien afirma FRAMARINO que “verdad y certeza no siempre coinciden”, y el entendimiento puede tener por cierto lo que objetivamente es falso o dudar de lo que objetivamente es verdadero o tener por cierto lo que objetivamente es probable.

Por otra parte, hemos de señalar que en la formación de la certeza inciden los mismos obstáculos que se presentan en la aprehensión de la verdad objetiva y verdad jurídica; obstáculos que en el proceso penal pueden provenir de los fenómenos averiguados, por acción artificiosa de terceros, de la actividad objetivo-subjetiva del investigador o juzgador que no está exenta de errores, de las pre-conceptualizaciones, pre-certezas, condicionamientos afectivos, culturales, ideológicos, formativos, etc.

La certeza, pues, como aprehensión de la verdad objetiva en su carácter de síntesis, además de ser concreta, también tiene posee extremos y contenidos concreto-relativos.

La certeza entendida como síntesis de aprehensión por la mente de la verdad objetiva, sin dudas, como cúspide del proceso de conocimiento, da

conclusión a la fase de verificación en el proceso penal; fase que dentro de lo concreto-relativo concluido puede tomar nuevos rumbos en las decisiones de segunda instancia o recursos extraordinarios; decisiones que como verificadoras o infirmadoras de la certeza sentenciada, supondrán las definitivas del proceso concreto desarrollado.

ARBOLEDA RIPOLL, FERNANDO, Conferencia “*La Política Criminal Derivada de los valores de la Constitución*”, Bogotá 2002..

ARENAS SALAZAR, JORGE, *Crítica del indicio en materia criminal*, Bogotá, Editorial Temis, 1988.

ASENCIO MELLADO, JOSE MARIA, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Editorial Trivium, Madrid, 1989.

ATIENZA, MANUEL *Las Razones del Derecho*, Teorías de la Argumentación Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ATIENZA, MANUEL, *Introducción al Derecho*, Distribuciones Fontamara, México, 1998.

BARATTA, ALESSANDRO, “*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*”, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1986.

BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990.

BUNGE, MARIO, *La Ciencia, su método y su filosofía*, Editorial Panamericana, Bogotá, 1999.

BRICHETTI, GIOVANNI, *La Evidencia en el derecho procesal penal*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1973.

BUSTOS RAMIREZ, JUAN, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1982.

CAAMAÑO, FRANCISCO, *La garantía constitucional de la inocencia*, Universidad de Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CALSAMIGLIA, ALBERT, *Ciencia, Jurídica, en El Derecho y la Justicia*; Editorial Trotta, Madrid, 2000.

CASTAÑO ARIAS, CESAR A., *Génesis del Conocimiento*, Editorial Universidad Incca de Colombia, Bogotá, 1993.

CLIMENT DURAN, CARLOS, *La Prueba Penal*, Tiran, lo Blanch, Valencia, 1999.

COHEN, MORRIS y NAGEL, ERNEST, *Introducción a la Lógica y al Método Científico 2*, Amorrortu, Editores, Buenos Aires, 1983.

CORAZON GONZALEZ, RAFAEL, *Filosofía del Conocimiento*, Editorial, Iniciación Filosófica, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-621 de noviembre 4 de 1998, M.P. José Gregorio Hernandez Galindo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de mayo 3 de 2001, M.P. Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero de 200, M.P. Dr. ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de febrero de 1993, M.P. Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de marzo de 1993, M.P. Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de agosto 4 de 2004, M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 7 de octubre de 1997, M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal del 10 de junio de 1998, M.P. Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR..

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de septiembre de 2000, M.P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL.”

DE GORTARI, ELI, *Introducción a la lógica dialéctica*. México. Grijalbo. 1979.

DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Victor P. de Zavalía, Editor, Buenos Aires, 1976.

DOHORING, ERICH, *La prueba, su Práctica y Apreciación*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972.

ELLERO, PIETRO, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la pena en materia penal*, 6ª ed., Madrid, Reus, 1968.

EN TSE, TCHANG, *Verdad y Conocimiento*, Madrid, Editorial, Akal, 1976.

ESCOBAR LOPEZ, EDGAR, *La Presunción o Estado de Inocencia en el Proceso Penal*, Editorial Leyer, Bogotá, 1998.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Concepto y Límites del Derecho Penal*, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, 1994.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002..

FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal Fundamental*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera Edición, Bogotá, 2004..

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995..

FERRER BELTRAN, JORDI, *Prueba y Verdad en el Derecho*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2002.

FLORIAN, EUGENIO, *De las Pruebas Penales*, T. I. Bogotá, Editorial. Temis. 1976.

FOUCAULT, MICHEL, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Editorial Gedies, Barcelona, 1980.

FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Vol. I, Bogotá, Editorial. Temis. 1978.

GARCIA SUAREZ, ALFONSO, *La Teoría de la Verdad como correspondencia*, en el libro *Modos de Significar*, una introducción temática a la filosofía del lenguaje, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

GARCIA VALENCIA, JESUS IGNACIO, *Las pruebas en el proceso penal*, parte general, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1.993.

GASCÓN ABELLAN, MARINA, *“Los Hechos en el Derecho”*, Editorial Marcial Pons, 1999.

GOMEZ LOPEZ, JESUS ORLANDO, *El Delito Emocional*, Tercera Edición, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2004.

GOMEZ LOPEZ, JESUS ORLANDO, *Teoría del Delito*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003.

GOMEZ LOPEZ, JESUS ORLANDO, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2001.

GORPHE, FRANCOIS, *La Apreciación Judicial de la Prueba*, Buenos Aires. Ed., La Ley. 1967.

GRANADOS PEÑA, JAIME, *El Sistema acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General de la Nación*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

GROSSO, MANUEL SALVADOR, *El Concepto del Delito en el Nuevo Código Penal*, Ediciones Jurídicas, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.

HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1994.

HESSEN, JOHANNES, *Teoría del Conocimiento*, Editorial Panamericana, Bogotá, 1997, pág. 16.  
1999.

HULSMAN, L.C., *La Criminología Crítica y el concepto de delito*, en *Seminario Criminología Crítica I*, Medellín. Universidad de Medellín, 1984.

IGARTUA SALAVERRIA, JUAN, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y Justificación de la decisión judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

JULIO FIERRO, GUILLERMO, *Teoría de la Participación Criminal*, Astrea, Buenos Aires, 2004.

KAUFMANN, ARTHUR, *La Filosofía del Derecho en la Postmodernidad*, Editorial Temis, Monografías Jurídicas, Bogotá, 1992.

KAUFMAN, ARTHUR, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

KONSTANTINOV, F.V., *Fundamentos de la Filosofía Marxista*, Editorial Grijalbo, México, 1984.

KOPNIN, P.V., *Lógica Dialéctica*, Editorial Grijalbo, México, 1966.



KOSIK, KAREL, *Dialéctica de lo Concreto*, Editorial Enlace-Grijalbo, México, 1967..

LEFEBVRE, HENRY, *Lógica Formal, Lógica Dialéctica*, Editorial Siglo XXI. 8ª Edición, México, 1979.

LOCKE, JHON, *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*, Editorial, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Editorial Akal, Madrid, 1989.

LOPEZ JIMENEZ, RAQUEL, *La Prueba en el Juicio por Jurados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MAIER B. J, JULIO, *Derecho Procesal Penal*, II Parte, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

MARIN VÁSQUEZ, RAMIRO, *Sistema Acusatorio y Prueba*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997..

MITTERMAIER, C.J.A., *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, 10ª Edición, Madrid, Reus, 1979.

MUÑOZ CONDE, FRANCISO, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

MUÑOZ CONDE, FRANCISO, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, FRANCISO, *Teoría General del Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *“La Búsqueda de la Verdad en el proceso penal”*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

MUÑOZ SABATE, LUIS, *“Técnica probatoria”*, Barcelona, Praxis, 1983.

PABON GOMEZ, GERMAN, *“De la Casación y la Revisión Penal, en el Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho”*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003.

PAVA LUGO, MAURICIO, *El Juicio de Legalidad de la sentencia en la reforma penal*, Conferencia dictada en la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, 2004.

REYES ALVARADO, YESID, *La Prueba Indiciaria*, Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda., Bogotá, 1989.

RODRIGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO, *Curso de derecho probatorio*, Bogotá, Editorial. Librería El Profesional, 1983.

RODRIGUEZ, ORLANDO ALFONSO, *La Presunción de Inocencia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2ª Edición, Bogotá, 2001.

ROSENTAL, M., *Que es la Teoría Marxista del Conocimiento*, (s.p.i.).

ROSENTAL y STRAKS, *Categorías del Materialismo Dialéctico*, Editorial Grijalbo, México, 1965.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, 1997.

RUEDA MARTIN, MARIA ANGELES, *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el delito doloso de acción*, Universidad Externado, J.M. Bosch, Bogotá, 2002.

SAA VELASCO, ERNESTO, *Los Procesos Políticos Colombianos y sus Hombres*, Ediciones Jurídicas, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

SALAZAR MARIN, MARIO, *Injusto Penal y Error*, Ediciones Jurídicas, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1999.

SALAZAR MARIN, MARIO, *Autor y Partícipe en el Injusto Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.

SANDOVAL HUERTAS, EMIRO, *Sistema Penal y Criminología Crítica*, Bogotá, Editorial. Temis, 1985.

SENTIS MELENDO, SANTIAGO, *La Prueba. Los Grandes Temas de Derecho Probatorio*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1978, pág. 476.

SLUCHEVSKY, I. F. Ob. Cit., págs. 51.52.

SORIN, MIGUEL, *Los Fenómenos Psíquicos*, Buenos Aires, Editorial Cartago, 1965.

SPIRKIN, A.G., *Materialismo Dialéctico y Lógica Dialéctica*, México, Grijalbo, 1983.

URBANO, PILAR, *Garzón, el hombre que veía amanecer*, Plaza Janes Editores, Barcelona, 2000.

VELASQUEZ VELASQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1997.

VELASQUEZ, VELASQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2002.

WALTER, GERHARD, *Libre Apreciación de la Prueba*, Bogotá, Editorial Temis, 1985.

VISHINSKI, ANDREI, *La Teoría de la Prueba*, Montevideo, Editorial Pueblos Unidos, 1950.

YOUNES JEREZ, SIMON, *Credibilidad y Certeza en la Prueba Judicial*, Editorial Leyer, Bogotá, 2001.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *Derecho Penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires – Argentina, 2000.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogota, Editorial Temis, 1988.

