

La flexibilización probatoria en el proceso penal: una forma de injusticia epistémica

*Evidence flexibilization in the criminal trial:
a form of epistemic injustice¹*

David Sierra Sorockinas²

Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia.

david.sierrasorockinas@unaula.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0002-3829-4548>

Mariana Toro Taborda³

Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia.

mariana.torotaborda@unaula.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0002-8099-6420>

-
- ¹ Este artículo es un resultado de investigación del Convenio Específico de Colaboración entre la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (UdeA) y la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAUULA) del 30 de noviembre de 2020 para el desarrollo del proyecto de investigación titulado “La carga de la prueba y su flexibilización en el Código General del Proceso colombiano, estudio teórico y dogmático”; proyecto que se encuentra inscrito mediante Acta CODI 2020-31930 (20/04/2020) de la UdeA y según código 34-000033 de la UNAUULA. Además, se adscribe a los Grupos de Investigación en Derecho Administrativo (UNAUULA) y Estado de Derecho y Justicias (UdeA). Además, es un resultado de investigación del Proyecto de Investigación “Límites constitucionales a la privación de la libertad en Colombia: el efecto de las decisiones de la Corte Constitucional sobre los centros de detención transitoria”, adscrito al Grupo de Investigación en Proceso Penal y Delito. El proyecto se encuentra inscrito con el Código 36-000009 de la UNAUULA.
- ² Docente e investigador de tiempo completo de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Doctor en Derecho de la Universidad Federal de Bahía. Magíster y abogado de la Universidad de Antioquia.
- ³ Docente e investigadora de tiempo completo de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Málaga. Magíster en Derecho Penal y abogada de la Universidad EAFIT.

RESUMEN: El propósito del presente trabajo es analizar un tipo de injusticia epistémica en el ámbito del derecho procesal penal. La pregunta central de la investigación es: ¿la reversión de la carga de la prueba en el proceso penal puede conducir a una injusticia epistémica? Para responder este interrogante se dividirá el texto en tres partes. En primer lugar, examinamos el concepto de injusticia epistémica y sus diversas modalidades. En segundo lugar, presentamos las condiciones en las que el proceso penal es un escenario epistémico. Hacemos una caracterización del proceso penal en clave epistemológica. Finalmente, en tercer lugar, se exponen las razones por las que un cambio en el diseño institucional (la carga de la prueba) conlleva una injusticia epistémica.

PALABRAS CLAVE: injusticia epistémica; testimonio; proceso penal; carga de la prueba; presunción de inocencia.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze a type of epistemic injustice in the field of criminal procedural law. The central research question is: can reverse onus in criminal trial lead to epistemic injustice? To address this question, the text will be divided into three parts. First, we examine the concept of epistemic injustice and its various modalities. Second, we present the conditions under criminal trials in an epistemic setting. We characterize the criminal trial in an epistemological key. Finally, in third place, we present why a change in the institutional design (the burden of proof) leads to epistemic injustice.*

KEYWORDS: *epistemic injustice; testimony; criminal trial; the burden of proof; the presumption of innocence.*

SUMARIO: Introducción; 1. Breve contexto de la injusticia epistémica; 2. Las garantías penales como expresión de un esquema epistémico; 3. La carga dinámica de la prueba: ¿una fuente de injusticias epistémicas?; Conclusiones; Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Imaginemos a dos individuos: Tom Robinson⁴, protagonista de la novela de Harper Lee, *Matar a un ruiseñor*, y Michael Peterson⁵, protagonista del documental *Soupçons* (más conocido como *The Staircase*⁶). Ambos comparten una situación: son sujetos pasivos en un proceso penal. Ahora bien, el escenario que los iguala solo es parcial. Mientras en el relato ficcional de Harper Lee nosotros sabemos –como lectores– de la inocencia de Tom Robinson, en el documental no tenemos la certeza de ello, pues a lo largo del proceso no tenemos una posición privilegiada que nos permita saber si Michael Peterson mató, o no, a su cónyuge, Kathleen Peterson.

La situación de Tom Robinson ha sido usada como un ejemplo de injusticia epistémica testimonial, en los términos de Miranda Fricker (2007). En la novela, la posición epistémica de Robinson se ve disminuida injustamente, debido principalmente a los sesgos del jurado (todos varones blancos). El caso de Michael Peterson, por el contrario, no parece que siga las mismas sendas, ya que se trata de un varón blanco que fue juzgado por matar a su cónyuge⁷ y no hay una confirmación de que el jurado rechazase de plano sus versiones o de que haya certeza de su inocencia. Pese a las diferencias identitarias que existen, ambos casos siguen perteneciendo al

⁴ Para nuestro trabajo es necesario saber que el personaje de Tom Robinson es varón afro condenado penalmente por un jurado por violar a una mujer, pese a que la narradora nos muestra la inocencia de él y el prejuicio de las personas que componen el jurado.

⁵ El personaje central del documental –o de la serie– es un varón exmilitar y escritor acusado (y eventualmente condenado por un jurado) por el homicidio de su esposa. Pese a que se anula una parte del juicio, el proceso finaliza con un acuerdo entre la fiscalía y el acusado (*Alford plea*), lo que deja a los espectadores en un estadio de incerteza sobre los hechos.

⁶ Existen dos obras: el documental francés escrito y dirigido por Jean-Xavier de Lestrade (2004-2018) y una serie de televisión cuyo *showrunner* es Antonio Campos (2022), protagonizada por Toni Collette y Colin Firth.

⁷ Por mor de la brevedad, no nos concentraremos en un elemento que fue discutido durante el proceso: la homosexualidad de Michael Peterson. Hay que aclarar, de todas formas, que este elemento fue considerado por el ente acusador como un motivo válido para la comisión del delito.

conjunto de procesos penales, en el que el agente procesado se encuentra en una desventaja epistémica⁸.

La desventaja epistémica, sin embargo, no implica *per se* un caso de injusticia epistémica. De acuerdo con la literatura académica (Pohlhaus, 2017; Wanderer, 2017, Goldstein, 2022, Medina, 2022), esta desventaja (reflejada en la falta de credibilidad, por ejemplo) debe ser injusta. En palabras de Miranda Fricker: “la injusticia testimonial, por la que se causa un mal a alguien en su capacidad para aportar conocimiento, y la injusticia hermenéutica, según la cual se causa un mal a alguien en su capacidad como sujeto de comprensión social” (2007, p. 15). Así, tenemos que la injusticia epistémica conlleva un debilitamiento injustificado del rendimiento intelectual (producción de conocimiento), de la confianza en la justificación de las creencias doxásticas (reproducción del conocimiento) y del desarrollo cognitivo (distribución del conocimiento).

Si evaluamos estas características de forma independiente, podríamos concluir que el proceso penal es un ambiente en el que hay agentes que tienen una posición epistémica desventajosa. En este escenario, por regla general, la posición del procesado es débil. No obstante, en los sistemas garantistas, esta posición se compensa institucionalmente cuando se establece un dique normativo que blindo al sujeto: la presunción de inocencia⁹ (Ferrajoli, 2011). El diseño institucional permite que el escenario epistémico no se torne injusto. Ora un juez, ora un jurado, quien tome la decisión debe favorecer al procesado en los eventos de umbral o de precariedad epistémicos.

A lo largo de los años, no obstante, el diseño institucional se ha modificado. Por medio de reformas legales o través de la aplicación jurisprudencial se han incluido estímulos normativos que terminan por

⁸ Podríamos presentar una definición de desventaja epistémica, así: “[esta] se produce cuando las relaciones no deliberadas y asimétricas excluyen a la(s) persona(s) de la participación social, lo que provoca un perjuicio intelectual o moral. En otras palabras, la desventaja epistémica se produce cuando se excluye *justificadamente* a una persona o grupo de los intercambios de conocimientos, pero la exclusión deriva en un perjuicio intelectual o moral” [traducción propia] (Goldstein, 2022, p. 1862).

⁹ En el derecho español, el ya clásico análisis a la institución por medio del comentario jurisprudencial de Jaime Vegas (2006) muestra las virtudes de este diseño institucional.

mutar la institución. Uno de esos cambios es la flexibilización probatoria en materia penal.

La hipótesis que sostenemos es que los estímulos normativos que debilitan la presunción de inocencia transforman el proceso penal en un escenario de injusticia epistémica, toda vez que habría un daño efectivo en la confianza epistémica de un agente.

Para ello estructuramos el texto así: (i) breve contexto de la injusticia epistémica; (ii) las garantías penales como expresión de un esquema epistémico y (iii) la carga dinámica de la prueba: ¿una fuente de injusticias epistémicas?

1. BREVE CONTEXTO DE LA INJUSTICIA EPISTÉMICA

Los nuevos estudios de epistemologías críticas enfatizan en los problemas de silenciamiento y vulnerabilidad de los agentes epistémicos, así como otras formas de discriminación y opresión. Lo que otrora era un campo ideal de estudio, hoy en día los problemas que se investigan en el dominio ponen el foco en las características de los individuos sociales, tales como su participación en una etnia, sus preferencias sexuales, su género o en circunstancias que los limitan, v. gr. las migraciones masivas; estas condiciones limitan la producción, la distribución y la reproducción del conocimiento (Medina, 2022, Battaly, 2023).

En términos prosaicos, las corrientes críticas epistemológicas muestran un nuevo escenario en el que el conocimiento es un producto social, pero no con los tintes de modelos ideales en los que los agentes aparentemente se coordinaban satisfactoriamente, sino uno en el que hay sectores y, siguiendo a Fricker (2007 & 2017), grupos que sufren opresión, debilitamiento o marginación. Así, no resulta lo mismo ser un varón cisgénero heterosexual que una mujer afro en términos epistémicos.

La epistemología se mueve, pues, de un motivo teórico a uno en el que la frónesis impera: los aspectos éticos y políticos son transversales al estudio del conocimiento. En la literatura se concentran, al menos, tres tipos de problemas en este ámbito: (i) la forma de transmitir conocimiento, un conjunto de problemas que se ha encuadrado dentro de la etiqueta “injusticia testimonial”; (ii) la forma de dar sentido a las

experiencias sociales, un conjunto de problemas denominado “injusticia hermenéutica” y, finalmente, (iii) la forma en la que están diseñadas las instituciones sociales, este conjunto de problemas también llamado “injusticias estructurales” (Broncano, 2020, cap. VII).

Los dos primeros tipos de problemas han sido discutidos ampliamente en la literatura académica (Giromini & Vilatta, 2022). Sin pretensiones exhaustivas, es posible hacer una breve síntesis que nos permita operar en los contextos. Comencemos con una definición: “Injusticia epistémica es toda degradación de la posición y autoridad epistémicas de un agente que se produce cuando la posición social interfiere causalmente en ejercicio epistémico de los agentes” (Broncano, 2020, posición Kindle 3439).

Para que se dé un caso de injusticia epistémica debe existir una degradación de la posición y autoridad epistémicas del agente. El primer caso es la injusticia hermenéutica: el agente no cuenta con el repertorio conceptual adecuado para dar cuenta de una experiencia social (Radi, 2022^a y 2022^b), así hay una especie de vacío conceptual que lo afecta. El segundo es la injusticia testimonial, en la que hay un fallo en la transmisión de conocimiento, pues su competencia, autoridad o credenciales se ven afectadas (Wanderer, 2017).

La otra condición que establece Fernando Broncano en su definición está relacionada con el diseño de las instituciones. Guiándonos por la idea de Douglass North, las instituciones serían las reglas del juego (1995, p. 3); expresado de otra forma, el conjunto de normas *–lato sensu–* que tiene una sociedad. Es importante aclarar que no se trata solo de normas jurídicas, sino que pueden ser de cualquier tipo, como morales, religiosas, de conducta e, incluso, epistémicas. En términos amplios, estaríamos hablando de un rasgo cultural. Así, serían instituciones los ritos de iniciación o consagración en una religión específica, como la regulación de una lengua determinada.

En el marco de esta nueva ola epistemológica, el estudio del conocimiento ha pasado de una versión meramente individualista a una en la que el aspecto social es influyente para comprender cómo se puede saber algo. Así, dentro de este dominio, el estudio por el testimonio ha sido determinante para mostrar algunos aspectos de la agencia de los individuos (Audi, 2015, Battaly, 2023, Fricker, 2006, Greco, 2021). El

testimonio¹⁰, en el ámbito de la epistemología, es acaso la principal forma de obtención del conocimiento diferente a las puramente individuales, como la percepción, la razón o la memoria (Broncano, 2019, pp. 242-3).

Uno de los aspectos del testimonio que nos interesa resaltar aquí es el testimonio ante la precariedad epistémica. En otras palabras, nos interesa circunscribir el caso de un sujeto que legítimamente ignora algo y, por medio del conocimiento de otro agente, busca ampliar su conocimiento.

Desde esta perspectiva la decisión del juez se encuadra de forma satisfactoria dentro del conjunto de casos en el que el testimonio (en el sentido de la epistemología¹¹) es la base de la producción del conocimiento. Que sea la base no significa que sea la totalidad. En el moderno derecho probatorio existe un marco normativo en el que se circunscribe al fallador para aceptar un tipo de pruebas. La obtención del conocimiento está reglada. No obstante, la construcción del relato, de los hechos, depende principalmente del testimonio, así como la solidez de las evidencias aportadas (Amaya, 2020, Leonard, 2022).

Veamos a continuación cómo se manifiesta esta estructura en el proceso penal.

2. LAS GARANTÍAS PENALES COMO EXPRESIÓN DE UN ESQUEMA EPISTÉMICO

Los procesos jurisdiccionales podrían caracterizarse como una modulación entre dos dimensiones: poder y saber. Al igual que otro tipo de operadores jurídicos, los jueces tienen la potestad de adoptar decisiones que influyen en la esfera jurídica de los sujetos. Ello implica que la libertad de estos últimos pueda verse comprometida, por ejemplo, por la imposición de una obligación pecuniaria, de una sanción o de una

¹⁰ No huelga aclarar que aquí nos referimos al dominio de la epistemología. Para los fines argumentativos, no debe confundirse con el concepto en el campo del estudio del derecho probatorio o del derecho procesal.

¹¹ No vamos a negar el contenido semántico que tiene el término dentro del ámbito jurídico, especialmente, en material procesal, mas, para este texto –a menos que hagamos una mención específica– nos referiremos siempre al sentido expresado inicialmente.

calidad jurídica. En este sentido, la actividad judicial implica siempre un ejercicio de poder. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con otros operadores jurídicos como los que conforman el poder ejecutivo o el legislativo, la legitimidad de las decisiones judiciales no está determinada por su representatividad, sino por la comprobación de los hechos y su subsunción al derecho. Así pues, la labor de los jueces también implica un ejercicio epistémico o de saber (Ferrajoli, 2004).

De esta forma, la regulación de las pruebas en el proceso puede considerarse como un problema epistémico, en la medida en que se relaciona con la constatación de la ocurrencia de un hecho consagrado en la norma (Taruffo, 2005, p. 79). Empero, no puede considerarse un problema exclusivamente epistémico, puesto que con base en dicho conocimiento el juez puede adoptar decisiones que afectan a terceros. Dado que la actividad judicial combina las dimensiones aludidas, el diseño de los procesos correspondientes no es neutral, sino que tiene importantes implicaciones desde el punto de vista axiológico.

En lo que respecta al proceso penal, la conjunción de ambos componentes resulta aún más relevante. Dado que la pena constituye la sanción más intrusiva que se puede imponer al ciudadano, las implicaciones axiológicas de implementar un modelo epistémico determinado son especialmente gravosas. Mientras que en materia civil o administrativa el resultado de una decisión injusta o arbitraria puede tener como consecuencia la imposición de una obligación pecuniaria o la restricción de un derecho político –por poner un ejemplo–, en materia penal el resultado será la privación de la libertad ambulatoria o, incluso, de la vida.

Así, las normas que delimitan cómo se deben obtener y valorar las pruebas no solo establecen la ruta epistémica que deben seguir los jueces para verificar la ocurrencia de un hecho, sino que expresan un límite al poder decisonal de estos últimos. En consecuencia, el esquema epistémico del proceso penal es, a su vez, un dique que limita los alcances del ejercicio del poder punitivo del Estado en el escenario jurisdiccional. Estaríamos hablando, entonces, de un asunto de diseño institucional (Broncano, 2020).

En efecto, la potestad judicial es la única potestad jurídica que está condicionada por la comprobación de un hecho y no, como ocurre frente a otros poderes públicos, por la representatividad democrática

de las decisiones. De esta forma, es –o debería ser– indiferente si las mayorías abogan por el castigo de un sujeto, o la persecución de un grupo particular: la actividad del juez responderá a la comprobación de los hechos contenidos en la norma, y la imposición de la pena que esta última consagre. Por ello, Ferrajoli afirma que “No hay jurisdicción donde no hay una comprobación de hechos y de derecho” (2004, p. 233). La comprobación es, entonces, el elemento definitorio de la jurisdicción con respecto a otras actividades jurídicas que implican poder decisorio.

Tal comprobación, sin embargo, no se lleva a cabo de manera arbitraria, sino que está condicionada por la regulación legal de la prueba que, en materia penal, se liga íntimamente a las garantías con las que cuenta el procesado. La norma define *ex ante* cuáles son los mecanismos admisibles de adquisición de conocimiento, las reglas de formación de la prueba en el proceso, las reglas de valoración a las que se encuentra sometido el juez y la forma en que se deben exponer en el fallo los juicios relativos a los hechos que se consideran probados. Así, por ejemplo, la prohibición de torturas implica un límite en relación con los medios que pueden emplearse para obtener información sobre un delito, de la misma forma en que la presunción de inocencia establece una restricción con respecto a las consecuencias que puede derivar el operador jurídico de la carencia de información sobre los hechos.

Estas exigencias son las que permiten modular en cada modelo procesal las dimensiones de saber y poder, aludidas al principio del apartado, en tanto las garantías que condicionan la comprobación de los hechos impiden que el procesado deba padecer las consecuencias de un ejercicio arbitrario del *ius puniendi*. En esa medida, su vigencia también constituye una condición de legitimación de la actividad jurisdiccional, al asegurar que la imposición de castigos institucionalizados sea racional y respetuosa de las libertades individuales (Ferrajoli, 2011).

Dado que los procesos penales son la vía para la materialización del poder punitivo del Estado, su configuración debe atender también a las condiciones de legitimación a las que aquel se encuentra sometido. En un Estado constitucional, tales condiciones surgen de la constatación de que los costes derivados de la imposición de penas institucionalizadas son inferiores a sus beneficios. Empero, tal análisis no solo tiene en cuenta el interés de la mayoría no desviada en la prevención de los delitos,

sino además el de la minoría desviada en la prevención de los castigos arbitrarios. En ambos casos lo que se pretende es proveer protección a los derechos fundamentales del más débil. Así, mientras que los tipos penales constituyen una salvaguarda frente a la violencia del delito, las garantías penales y procesales lo son frente a la violencia del aparato punitivo (Ferrajoli, 2011, Prieto Sanchís, 2015, p. 61).

En consecuencia, los esquemas epistémicos que sirven como límite a la actividad jurisdiccional son, a su vez, mecanismos que protegen al procesado de la situación de desventaja en la que se encuentra dentro del proceso penal¹². A diferencia de lo que ocurre en otras especialidades, el sujeto pasivo del proceso penal se encuentra, por regla general, en una situación de desventaja con respecto a su contraparte. Teniendo en cuenta que el titular de la acción penal es el Estado, la posición epistémica del procesado siempre es desigual, incluso en modelos procesales acusatorios o predominantemente acusatorios.

Así, pese a que jurídicamente se establezca la separación entre quien acusa y quien juzga, y que las partes estén, teóricamente, en igualdad de condiciones, lo cierto es que la posición del procesado no puede equipararse a la del Estado (Maier, 1999, p. 578). Primero, porque este último cuenta con recursos y prerrogativas en materia de investigación con las que el procesado no. Piénsese, verbigracia, en los allanamientos o las interceptaciones de comunicaciones¹³.

¹² Es importante aclarar que con esta afirmación no se pretende desconocer, ni mucho menos, el hecho de que otros sujetos del proceso puedan encontrarse también en situación de desventaja epistémica; tal y como ha sido denunciado, por ejemplo, con relación a las víctimas de violencia de género. Empero, dicha cuestión excede el objeto del presente texto.

¹³ En el caso colombiano, incluso cuando la defensa puede desarrollar diligencias investigativas de manera autónoma, no por ello cuenta con iguales posibilidades que la Fiscalía, en la medida en que esta última puede acceder a un abanico de actividades investigativas más amplio. Ello se suma al hecho de que, con la entrada en vigencia del sistema acusatorio, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, se ha entendido que dicha entidad no está obligada a adelantar una investigación integral, que abarque tanto lo favorable como lo desfavorable al reo. En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1194/05, ha considerado que la naturaleza adversarial del proceso supone que el acusador solo está obligado a recaudar el material de convicción requerido para soportar la acusación, siempre que, de encontrar evidencia favorable al procesado, esta sea revelada a la defensa.

Segundo, porque el solo hecho de estar incurso en un proceso penal reduce las posibilidades de participación social del sujeto, no solo por las medidas cautelares a las que se le puede someter, sino por la carga discursiva que surge de que una autoridad afirme que es autor o participe de un delito. En este sentido, se puede ofrecer como ejemplo el efecto perverso que tienen los registros en bases de datos del sistema penal sobre el acceso al mercado laboral (Escobar, 2018, p. 512)¹⁴, o la presión ejercida por los medios de comunicación en casos mediáticos (Gómez-Colomer, Forthcoming).

Esta desigualdad implica que el procesado cuenta con menores recursos epistémicos para hacer valer su defensa en el proceso. Teniendo en cuenta que sobre él recae ya una hipótesis acusatoria propuesta por una autoridad, el punto de partida para su defensa es epistémicamente desigual al del acusador. Si a ello se suma, además, el hecho de que este último cuenta con mayores posibilidades de adquirir información acerca de lo ocurrido, y que el acusado pierde credibilidad ante el conglomerado social, entonces es claro que el proceso penal implica una desventaja epistémica para quien lo enfrenta.

Es importante aclarar, no obstante, que la situación de desventaja en la que se encuentra el procesado no es la misma en todos los sistemas procesales. Precisamente, la incorporación de mecanismos para favorecer la igualdad entre las partes y la racionalidad de los juicios incide de manera decisiva en la posibilidad de que se produzcan decisiones arbitrarias. Naturalmente, la situación del procesado no será igual en aquellos sistemas en los que la defensa cuenta con la posibilidad de desarrollar actividades investigativas autónomas, o en los que las decisiones judiciales exigen una alta carga de motivación, en comparación con aquellos en los que no existen tales mecanismos.

No obstante, la existencia de las instituciones mencionadas no implica que el procesado deje de ser la parte débil en el proceso, sino

¹⁴ En algunos casos, dicha limitación incluso se encuentra prevista legalmente: el art. 29, num. 3º, del Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 de 2007) establece que las personas que se encuentren privadas de la libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento no podrán ejercer la abogacía. Ello, pese a que el Código de Procedimiento Penal incluso prevé la posibilidad de otorgar permisos para trabajar en el exterior a aquellas personas sometidas a detención preventiva en el domicilio.

que, por el contrario, refuerza la idea de que resulta necesario contar con salvaguardas institucionales que lo protejan de las arbitrariedades que pudieran derivarse de su condición. En este contexto, la regulación legal de la obtención y la valoración de las pruebas podría considerarse como un filtro que evita que la posición de desventaja en la que se encuentra el acusado dé lugar a situaciones de injusticia. Por ello, los esquemas garantistas propician estructuras epistémicas en las que la declaratoria de responsabilidad se condiciona a la comprobación de la hipótesis acusatoria, y no de las hipótesis alternativas (Ferrajoli, 2011; Ferrer, 2020 & 2021, pp. 44 y ss.).

Esta estructura se expresa en una serie de garantías que aseguran que el error epistémico siempre se resuelva en favor del sujeto en desventaja. De esta forma, no solo se exige que la responsabilidad penal sea consecuencia de un juicio (principio de jurisdiccionalidad), sino que este sea iniciado a raíz de una acusación (principio acusatorio), cuya hipótesis debe ser probada por quien la postula (principio de carga de la prueba o verificación), habiendo ofrecido oportunidades al procesado para contradecirla (principio de defensa) (Ferrajoli, 2011).

Así, las garantías procesales conforman un esquema epistémico que, al condicionar la forma en que se obtiene y valora la información aportada por las partes, previene que la situación de desigualdad en la que se encuentra el procesado se transforme en una injusticia epistémica. En últimas, este constituye el filtro final para impedir que otras posibles fuentes de injusticia epistémica, presentes a lo largo de los procesos de criminalización primaria y secundaria, deriven en la imposición arbitraria de penas a quienes las han padecido.

En términos de Fricker (2007), uno podría identificar tres posibles fuentes de injusticia epistémica dentro de dichos procesos. Primero, en la producción de las normas penales es factible que se refuercen situaciones de injusticia al propiciar formas de persecución selectivas que afectan especialmente a ciertos colectivos. Tal es el caso, por ejemplo, de los fenómenos de criminalización de grupos sociales marginales en Latinoamérica, a partir de la segunda mitad del siglo XX (Iturralde, 2007).

Segundo, en la actividad desplegada por los operadores del sistema penal, frente a la identificación de conductas delictivas y su judicialización, es posible establecer ciertos patrones de persecución que se reflejan en

la conformación de la población penitenciaria. Este es, verbigracia, el fenómeno que han denunciado algunos autores con respecto a la población afroamericana en Estados Unidos (Simon, 2020), a los inmigrantes en España (Daunis, 2021) o, recientemente, a los migrantes venezolanos en Colombia (Wolf, 2022).

Finalmente, en el desarrollo de los procesos penales es posible que la desigualdad entre el sujeto pasivo del proceso y el Estado se convierta en una forma de injusticia, en la medida en que el diseño institucional adjudique el error al sujeto en desventaja, favoreciendo la condena de inocentes¹⁵.

Partiendo de la propuesta de la autora, sería posible afirmar que este último tipo de injusticia epistémica constituye una injusticia testimonial, esto es, aquella en la que el hablante ve disminuida su credibilidad como resultado del prejuicio identitario vertido sobre él (Fricker, 2007, p. 23)¹⁶.

En el caso referido, la credibilidad del procesado se encuentra disminuida, precisamente, como consecuencia de su condición. Empero, ante la existencia de garantías que condicionan epistémicamente la decisión jurisdiccional, dicha situación no puede considerarse injusta. Puesto que el propio diseño institucional evita que la hipótesis acusatoria se vea favorecida por tal circunstancia, la desigualdad entre el procesado y el Estado no deriva en la atribución del error en el juicio sobre el primero. De esta forma, las garantías impiden que la desventaja en la que este se encuentra dé lugar a penas arbitrarias.

En cambio, cuando dichas garantías se limitan, el procesado debe hacer un esfuerzo desmedido para hacer valer su defensa, en tanto ya existe una hipótesis en su contra que deriva en la conformación de una

¹⁵ Por ello, en términos epistémicos, el establecimiento de estándares probatorios exigentes, coherentes con la presunción de inocencia, puede considerarse como una institución virtuosa que previene los riesgos de abuso y error (Ramírez Ortiz, 2020, Vera Sánchez, 2022).

¹⁶ En sus formulaciones más recientes, la autora ha modificado su posición, ampliando el concepto a colectividades (Fricker, 2017). Un trabajo muy interesante sobre un grupo poblacional no identitario sería el de los migrantes, Allison B. Wolf (2022) demuestra que existen injusticias epistémicas en el conjunto de migrantes venezolanos en Colombia.

creencia acerca de su responsabilidad penal, no solo en el juez, sino en el conglomerado social que ejerce presión sobre él.

Este, a su vez, puede considerarse aisladamente, como el resultado de la existencia de una hipótesis acusatoria en la que se afirma que el sujeto es autor o partícipe de un delito, o bien de manera conjunta, como la consecuencia de la conjunción de otras injusticias epistémicas anteriores como las relacionadas con la criminalización y persecución selectiva de ciertos grupos sociales por parte del sistema penal. Así, por ejemplo, frente a un procesado afrodescendiente, es posible plantear la existencia en el juzgador de un doble prejuicio. Primero, en atención a un sesgo de tipo racial y, segundo, en atención a la existencia de una acusación¹⁷.

De este modo, si bien el prejuicio surgido del proceso de criminalización secundaria puede agravar otros prejuicios preexistentes, no se confunde con ellos, sino que tiene entidad propia. Por ende, incluso si no concurrieran otras fuentes identitarias es posible afirmar que la reducción de las garantías procesales podría dar lugar a injusticias epistémicas¹⁸.

En este sentido, se habla de “otras” fuentes identitarias en la medida en que la etiqueta de delincuente también configura la identidad del sujeto que la soporta. Si bien se trata de una etiqueta socialmente construida, no por ello su atribución deja de convertirse en parte de esta última. Al respecto, las teorías criminológicas del *labelling approach* ya han señalado los efectos que tiene la judicialización del sujeto, planteando que el solo hecho de ser sometido a un proceso penal constituye una “ceremonia de degradación social” (Garfinkel, 1956) sobre su estatus lo que, a la par, repercute en la adscripción de una nueva identidad (Lemert, 1951). Así pues, una vez los individuos han sido etiquetados como delincuentes, usualmente deben enfrentar nuevos problemas que surgen de las reacciones frente al estereotipo negativo vinculado con tal etiqueta. Esta, no obstante, es independiente de la infracción de la norma penal. Es decir, es posible encontrar sujetos que llegan a ser definidos como delincuentes sin haber infringido la norma, y otros que habiéndolo hecho no llegan a ser nunca seleccionados por el sistema (Becker, 1963, pp. 20). Por ello, la identidad que se atribuye a ciertos sujetos bajo tal

¹⁷ Este es el caso paradigmático de Tom Robinson, personaje de *Matar a un ruiseñor*.

¹⁸ Este es el caso de Michael Peterson, protagonista del documental *The Staircase*.

etiqueta surge como consecuencia del proceso de criminalización y no necesariamente de la comisión de un delito.

Dicha circunstancia es la que determina que la ausencia de garantías procesales pueda ser considerada como una fuente de injusticia epistémica. En efecto, tales garantías son las que evitan que la condena se produzca como resultado del prejuicio que se cierne sobre el sujeto identificado como delincuente y no de la comprobación de un delito. Este es, entonces, el esquema que determina que una condena penal pueda ser considerada justa en términos epistémicos.

Así pues, el diseño del proceso penal constituye un elemento determinante en la contención de las injusticias epistémicas que pudieran surgir en su trámite. Como plantea Broncano (2020, posición Kindle 3833 y ss.), los diseños institucionales pueden ser epistémicamente perturbadores, esto es, pueden tener efectos estructurales sobre la posición epistémica de las personas. Por ello, no resultan indiferentes de cara a las distorsiones injustas en el conocimiento con base en el cual operan. El diseño institucional puede reproducir, mantener o aumentar prácticas insensibles a las desventajas epistémicas de ciertos sujetos, propiciando daños a su rendimiento epistémico. O, por el contrario, compensar situaciones de desigualdad epistémica, evitando que esta derive en situaciones de injusticia.

En el caso del proceso penal, el hecho de que se exija que la responsabilidad sea la consecuencia de un juicio, que debe iniciar siempre a partir de una acusación, cuya prueba le corresponde al Estado, evita que la decisión jurisdiccional sea un mero acto de poder guiado por el perjuicio que se cierne sobre el procesado. Si, en cambio, se planteara que la condena es posible sin cumplir con alguna de las condiciones aludidas, entonces se abriría la puerta para que esta estuviera determinada por la creencia incontrastada en la calidad de delincuente del sujeto, y no en la comprobación de su responsabilidad.

3. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: ¿UNA FUENTE DE INJUSTICIAS EPISTÉMICAS?

Como se planteó en el apartado anterior, el diseño institucional del proceso penal es el que evita que la desigualdad en la que se encuentra el

procesado se convierta en injusticia. En efecto, este debe enfrentarse con la existencia de una hipótesis acusatoria, con base en la cual se refuerza el proceso de criminalización que le asigna la etiqueta de delincuente. Dicha etiqueta, a su vez, contribuye a la formación de un prejuicio identitario en su contra que impacta negativamente en la percepción que tiene el conglomerado social acerca de su credibilidad.

La forma en que el diseño institucional previene el surgimiento de injusticias epistémicas es evitando que la condena se produzca como resultado de dicho prejuicio, y no como consecuencia de la comprobación de la responsabilidad del sujeto (Vera Sánchez, 2022). Para ello, los procesos penales garantistas cuentan con un esquema epistémico que exige que la pena se imponga exclusivamente en el marco de un juicio, en el que el Estado debe acreditar su hipótesis, ofreciendo oportunidades de contradicción al procesado.

De esta forma, la jurisdicción constituye la actividad que debe desplegarse para probar que el sujeto ha llevado a cabo una conducta delictiva. Por ende, si dicha prueba no se produce, no es posible afirmar la ocurrencia del delito ni imponer la pena correspondiente. En términos axiomáticos, este esquema podría resumirse en cuatro exigencias: (i) que no haya culpa sin juicio; (ii) que no haya juicio sin acusación; (iii) que no haya acusación sin prueba y (iv) que no haya prueba sin contradicción (Ferrajoli, 2011).

En suma, la confluencia de dichas exigencias supone que el sujeto debe presumirse inocente hasta que se haya acreditado lo contrario, y que tal acreditación haya constituido la base de la sentencia definitiva de condena. En ese sentido, es la prueba de la culpabilidad –y no a la inversa– la que constituye el objeto del juicio (Ferrajoli, 2011, p. 549). Así, el esquema epistémico del proceso penal asigna el error a la hipótesis acusatoria y no a las hipótesis alternativas evitando que, eventualmente y como consecuencia de este último, se produzca la condena de inocentes.

De la presunción de inocencia es posible derivar dos reglas procesales: una, de tratamiento del procesado, y otra, de juicio (Moreno Catena & Cortés Domínguez, 2005, p. 286). En primer lugar, teniendo en cuenta que el sujeto debe considerarse inocente hasta que sea condenado, la primera de dichas reglas exige que su trato sea consecuente con ello. Por ende, la presunción de inocencia constituye una importante fuente

de argumentos en contra de la detención preventiva, ya que esta última supone someter al procesado a una medida ónticamente indiferenciable de la pena, pese a que esta no ha llegado a ser impuesta.

Por otro lado, como regla de juicio, la presunción de inocencia implica que la condena deprecada por el acusador solo puede producirse cuando este ha logrado acreditar los hechos constitutivos de delito. Esta manifestación del derecho es la que corresponde al principio *in dubio pro reo*, que obliga al juez a dictar una sentencia absolutoria en aquellos supuestos en que las pruebas sobre la culpabilidad no resulten concluyentes (Fernández López, 2020, p. 441). De tal suerte que, ante cualquier resquicio de duda, la consecuencia epistémica será la negación de la responsabilidad penal.

El hecho de que la inocencia se asuma como la conclusión, por defecto, de la falta de conocimiento, implica que la carga de aportar el conocimiento necesario para soportar la culpabilidad recae sobre quien postula la hipótesis acusatoria. En efecto, como plantea Armenta Deu (2003), la prueba completa que soporta la culpabilidad debe ser aportada por la acusación, lo que supone que la absolución debe imponerse en cualquier supuesto en el que dicha culpabilidad no queda demostrada.

Ello implica que el procesado podría asumir una defensa pasiva, en el sentido de no aportar pruebas de descargo. En este caso, la ausencia de actividad probatoria de su parte no puede tener consecuencias desfavorables, ya que la duda ha de resolverse, en cualquier caso, a su favor.

En suma, ambas reglas impiden que se genere una injusticia epistémica en la medida en que evitan que una persona deba padecer la privación de la libertad, a partir de la existencia de un prejuicio en su contra y no de la constatación de los hechos por los que se le acusa. Empero, a los efectos del presente texto, es la segunda de dichas reglas la que reviste mayor interés, puesto que esta es la que se ve afectada como consecuencia de tendencias de flexibilización probatoria, como la carga dinámica de la prueba.

La regla de juicio aludida –esto es, que la carga de la prueba en los procesos penales recae sobre el acusador– supone partir de una regla de juicio más general: aquella que remite a la noción de carga de la prueba como mecanismo para resolver los supuestos en que el juez no encuentra en el proceso suficientes pruebas como para tener certeza acerca de los

supuestos que deben soportar su decisión (Devis Echandía, 1981, p. 426). En términos generales, esta se erige como una institución dirigida a atender aquellos casos en que el juzgador no cuenta con suficientes elementos para fallar en favor de una de las partes (Calvinho, 2020, p. 169). Así, se concluye que si una de ellas no ha logrado acreditar los hechos que afirma, estos últimos deben ser considerados falsos y, en consecuencia, el fallo debe serle desfavorable.

En las últimas décadas, sin embargo, dicha visión se ha puesto en jaque desde dos frentes. Primero, un sector de la academia ha criticado la persistencia del concepto por considerar que carece de sentido en sistemas de libre valoración probatoria (Nieva Fenoll, 2019). Así, se postula que mantener la noción de carga de la prueba puede dar lugar a resultados materialmente injustos, en tanto la ausencia de prueba sobre un hecho no implica necesariamente su falsedad, sino exclusivamente la imposibilidad de considerarlo acreditado. En materia penal, no obstante, esta crítica no pareciera compatible con la presunción de inocencia –tal y como está consagrada, por ejemplo, en el sistema jurídico colombiano– en tanto esta última implica que, ante la ausencia de prueba, se declare la inocencia del procesado y no exclusivamente su no culpabilidad.

Segundo, desde los años 80 se ha venido gestando la denominada “teoría de la carga dinámica de la prueba”, que postula que, frente a situaciones excepcionales en las que la tarea de probar resulta especialmente dificultosa para una de las partes, el esfuerzo probatorio debe trasladarse a su contraparte, en tanto esta se encuentra en mejores circunstancias para hacerlo (Peyrano, s.f., p. 971). La propuesta, surgida en el ámbito del derecho civil y comercial, pretende flexibilizar las reglas tradicionales de la carga de la prueba, con el fin de evitar que su aplicación dé lugar a consecuencias manifiestamente problemáticas por favorecer desproporcionadamente a la parte que tiene mayor cercanía con el material probatorio, pero no la carga de aportarlo (Peyrano, s.f., p. 972).

En materia civil, la utilización de cargas dinámicas de la prueba ha sido ampliamente criticada. Dado que la inversión de la carga de la prueba se produce como una regla *ad hoc*, a criterio del juzgador, se ha planteado que la figura afecta la seguridad jurídica, en tanto las partes no llegan a conocer cuál es la distribución de las cargas probatorias hasta que ya se encuentran en el proceso (Corral Talciani, 2012, p. 112). Así mismo, dada

su naturaleza eminentemente jurisdiccional, la carga dinámica de la prueba puede abrir un importante margen para la discrecionalidad judicial, en tanto el criterio que permite determinar cuándo debe invertirse la carga de probar no se encuentra previsto en la norma, sino que depende de la valoración judicial (Palomo Vélez, 2013, p. 462).

Frente a estos riesgos, la doctrina ha planteado que la solución no debería implicar la transformación de la regla de juicio, sino simplemente la posibilidad de que se ordene a la parte que tiene mayor cercanía con el material probatorio su exhibición. De tal manera que se asegure que aquella que no puede acceder al material pueda hacerlo, pero sin que se le releve de la carga de soportar su afirmación (Palomo Vélez, 2013, p. 462).

En el caso de los procesos penales, la flexibilización probatoria que se pretende mediante la figura de la carga dinámica de la prueba no solo pareciera improcedente, sino además innecesaria. En efecto, la presunción de inocencia supone que la carga de la prueba recaiga siempre sobre el acusador, de tal forma que la ausencia de conocimiento sobre los hechos se resuelva en todos los casos a favor del procesado, tal y como ordena el subprincipio conocido como *in dubio pro reo* (Moreno Catena & Cortés Domínguez, 2005, p.398). Si ello es así, no se podría asignar en ningún caso a este último la carga de acreditar los hechos que soportarían su inocencia, puesto que tal exigencia supondría correlativamente el decaimiento de la presunción (Betancourt Restrepo, 2010; Urbano Martínez, 2021).

Pero, adicionalmente, la estructura probatoria del proceso penal colombiano pareciera incompatible con el fundamento de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba (Urbano Martínez, 2021). Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en los procesos civiles, en estos la parte que tiene la carga de probar es el Estado, por lo que las dificultades probatorias a las que tendría que enfrentarse no son equivalentes a las de una parte civil. Por regla general, este último cuenta con un abanico más amplio de recursos y potestades para recopilar información que pueda hacer valer en el juicio y, por ende, serán mucho más excepcionales los casos en que la posibilidad de hacerlo dependa de su contraparte, el procesado. Pero, incluso si no se puede llegar a establecer la ocurrencia de un hecho ante la dificultad probatoria, la regla de juicio de *in dubio pro reo* ya establece qué decisión debería adoptar el juez: declarar la inocencia del sujeto procesado.

En el ámbito penal, por ende, la implementación de cargas dinámicas de la prueba no solo resultaría contraria a las garantías que rigen el proceso, sino que además tampoco pareciera tener un sustento equivalente¹⁹. En el caso colombiano, particularmente, la legislación procesal penal niega claramente la posibilidad de que la presunción de inocencia pueda ser objeto de excepciones, estableciendo, además, la prohibición de invertir la carga de la prueba²⁰.

Pese a ello, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha admitido la posibilidad de establecer cargas dinámicas en materia probatoria, frente a aquellos delitos que suponen una mayor dificultad demostrativa para la Fiscalía. Desde antes de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, mediante el Acto Legislativo 003 de 2002, la Sala Penal de la Corte ya había referido de manera expresa la posibilidad de acudir a la figura en comento frente a ciertos delitos. Sin embargo, a partir de la implementación de dicho sistema, las referencias a la figura en las providencias del tribunal se hicieron más recurrentes (Pulecio-Boek, 2012, p. 295).

En vigencia del sistema inquisitivo, su utilización se limitaba a aquellos supuestos de enriquecimiento ilícito de particulares, omisión de agente retenedor o lavado de activos en los que se entendía que el acusado tenía mayor cercanía con los elementos de prueba que permitían establecer el origen o destinación de los recursos. Así, por ejemplo, se sostenía que era el procesado quien podía acreditar las razones que

¹⁹ Este tipo de reglas probatorias parecieran asemejarse más a las lógicas propias de los tribunales de conciencia. Dado que estos últimos juzgaban atentados contra el dogma de fe, el procesado era el único que, en últimas, podía tener el conocimiento directo acerca de su ocurrencia. Por ello, se forzaba la confesión del sujeto a partir de torturas y cuestionarios confusos, al tiempo que la reticencia a responder se consideraba como un indicio de culpabilidad. Sobre los tribunales de conciencia, véase Prosperí (1996).

²⁰ Así, la Ley 906 de 2004 establece en su art. 7° que:

“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. 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. *En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria*. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (bastardilla fuera de texto).

justificaban el incremento patrimonial en el delito de enriquecimiento ilícito (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia del 9 de abril de 2008, radicado 23754) o la no retención de los dineros correspondientes a la renta en el delito de omisión de agente retenedor (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia del 13 de mayo de 2009, radicado 31147).

Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, la aplicación de la figura se amplió bajo la idea de que, ante la desaparición del principio de investigación integral –que exigía que la Fiscalía investigara tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado–, y tratándose de un modelo adversarial, era posible predicar la existencia de cargas probatorias para ambas partes. Así, se comenzó a hacer uso de esta, verbigracia, en casos de homicidio y acceso carnal violento.

En estos casos, sin embargo, el concepto de carga dinámica de la prueba comenzó a emplearse de manera diferente. Ya no se trataba de que el procesado tuviera mayor cercanía con el material probatorio, sino de que en aquellos supuestos en que la defensa alegaba que la prueba ofrecida por la Fiscalía era insuficiente, le correspondía aportar el elemento probatorio correspondiente.

En un caso de acceso carnal violento e incesto, en el que la víctima resultó contagiada de sífilis, la defensa alegó que la Fiscalía tendría que haber practicado un examen para establecer si el procesado portaba dicha infección, puesto que de lo contrario no se podría sostener que había sido el autor del delito. Al analizar el caso, la Corte estimó que, dado que la defensa era quien alegaba la necesidad de contar con una prueba semejante, entonces debió ser ella quien aportara el elemento correspondiente (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia del 27 de marzo de 2009, radicado 31103).

Un criterio similar se empleó al analizar un caso de homicidio algunos años después. En esta ocasión, se trataba de un sujeto que había accionado un arma en contra de su pareja. En este supuesto, la defensa alegó que, teniendo en cuenta el contexto en el que se produjo el disparo, la Fiscalía debía haber investigado si se trataba de un caso fortuito (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia del 25 de mayo de 2011, radicado 33660). Empero, el alto tribunal consideró que, por tratarse de una circunstancia que podía

repercutir favorablemente en la responsabilidad del procesado, su prueba correspondía a la defensa.

Así pues, la Corte Suprema de Justicia ha empleado la noción de carga dinámica de la prueba, pero no en el sentido propio del concepto –como la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando la contraparte es quien tiene mayor facilidad para probar– sino como una figura que eximiría a la Fiscalía de probar la no concurrencia de causales de exención de la responsabilidad penal. Por ello, se ha planteado que realmente el uso de la carga dinámica de la prueba no atiende al fundamento de dicha institución en el derecho civil, sino al interés en moderar la carga probatoria que corresponde al ente acusador, con todas las consecuencias que ello puede acarrear (Pulecio-Boek, 2012, p. 296).

Pues bien, esta postura jurisprudencial no solo podría resultar criticable desde las exigencias propias de la presunción de inocencia, sino que pone en evidencia el riesgo que implica la introducción de la noción de carga dinámica de la prueba de cara a la justicia epistémica del proceso.

Al asumir que la Fiscalía no debe ocuparse de aquellas circunstancias que puedan implicar la ausencia de responsabilidad del sujeto, la Corte desconoce que el concepto de delito está conformado por categorías con contenido positivo y negativo (en el sentido de conformar o excluir la responsabilidad penal). Por ende, para cumplir con su carga de acreditar la comisión de un delito, el acusador no solo debe probar que el sujeto llevó a cabo el hecho descrito en la norma, sino que lo hizo sin estar amparado por una causal de justificación o de exculpación. Si luego de aportar las pruebas correspondientes, todavía quedara resquicio de duda en torno a la existencia de una de tales causales, entonces la decisión tendría que favorecer al procesado.

La pretendida inclusión de la carga dinámica de la prueba en materia penal tiene un efecto perverso sobre la operatividad real de las garantías procesales y, con ello, sobre el diseño institucional que previene el surgimiento de injusticias epistémicas. Al atribuir una carga probatoria a la defensa, el tribunal vacía de contenido la presunción de inocencia, puesto que termina por resolver las dudas, en torno a la concurrencia de causales de ausencia de responsabilidad, en contra del procesado. Esta modificación altera estructuralmente el esquema epistémico del proceso, puesto que resta operatividad a una de las garantías que lo definen.

Luego, si como se sostuvo en el apartado anterior, tales garantías son las que evitan que la desventaja epistémica en la que se encuentra el procesado se convierta en una forma de injusticia, entonces la flexibilización probatoria del proceso deriva en su producción. Más aún, si se tiene en cuenta que el uso más reciente del concepto no pretende atender la problemática que dio lugar a su surgimiento, y que soporta su uso en otras áreas del derecho, sino por el contrario a la moderación de la carga probatoria del acusador.

CONCLUSIONES

Usualmente, la noción de injusticia epistémica suele vincularse con la posición de ciertos colectivos cuya credibilidad se encuentra disminuida. Dentro de dicha categoría también pueden encuadrarse supuestos en los que la injusticia está determinada por diseños institucionales que afectan estructuralmente la posición epistémica de los agentes.

Tal es el caso del proceso penal colombiano y las medidas de flexibilización probatoria que se han implementado en décadas recientes, de la mano de la noción de carga dinámica de la prueba. En efecto, el proceso penal constituye un esquema epistémico que condiciona el poder decisorio de los jueces, en función de las reglas acerca de la obtención y valoración de conocimiento sobre los hechos. En modelos procesales garantistas, su diseño impide que la posición de desventaja en la que se encuentra el sujeto criminalizado derive en la configuración de una injusticia epistémica.

En consonancia con este esquema, la presunción de inocencia opera como una regla de juicio que exige que sea el Estado quien acredite su hipótesis acusatoria, y no que sea el procesado quien deba acreditar una hipótesis alternativa. Con ello se distribuye el error epistémico de la manera más consecuente con el derecho a la libertad, esto es, evitando la condena de sujetos inocentes.

Sin embargo, en las últimas décadas la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha empleado la figura de la carga dinámica de la prueba en procesos penales, lo que supone atribuir cargas probatorias a la defensa y limitar la operatividad de dicha presunción. Esta tendencia no solo deforma el diseño institucional que impide que la posición de desigualdad

del procesado derive en una injusticia epistémica, sino que, además, agrava las demás injusticias epistémicas presentes en los procesos de criminalización primaria y secundaria.

En efecto, el diseño institucional, que prevé que el error epistémico del juzgador se resuelva en favor del agente procesado, impide que su posición de desventaja se traduzca en una injusticia. En términos probatorios, ello significa que la presunción de inocencia contrarresta el prejuicio que recae sobre el procesado por el solo hecho de encontrarse incurso en un proceso penal. Precisamente, como afirma Ferrajoli (2011), este último tiene la posición más débil, por lo que el objetivo de las garantías del proceso no es otro que precaver los excesos en el ejercicio del poder punitivo.

En este escenario, atribuir la carga de la prueba al acusador constituye un presupuesto necesario para que la presunción de inocencia sea efectiva. Solo en la medida en que la hipótesis que deba acreditarse sea la acusatoria, y no las alternativas, es posible afirmar que existe un dique epistémico que evita que la posición de debilidad del sujeto se torne injusta. Así, si bien es cierto que instituciones como la motivación judicial, el derecho de contradicción o el principio de objetividad del acusador contribuyen a evitar la condena de inocentes, lo cierto es que los mismos no constituyen un presupuesto suficiente para ello. Siempre que el procesado tenga la carga de acreditar aquellos hechos que soporten la ausencia de responsabilidad, habrá espacio para que el error epistémico derive en injusticia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAYA, Amalia. (2020). Virtudes, deliberación colectiva y razonamiento probatorio en el derecho. In: FERRER, Jordi. y VÁZQUEZ, Carmen (eds.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 141-154). Madrid: Marcial Pons.

ARMENTA DEU, Teresa. (2003). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons.

AUDI, Robert. (2015). Testimony as a Social Foundation of Knowledge. En: *Rational Belief* (pp. 237-257). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190221843.003.0013>

BATTALY, Heather. (2023). Access denied: epistemic obstruction and the distribution of knowledge. *Synthese*, 201(6) <https://doi.org/10.1007/s11229-022-04007-z>

BRONCANO, Fernando. (2019). *Puntos ciegos. Ignorancia pública y conocimiento privado*. Madrid: Lengua de Trapo.

BRONCANO, Fernando. (2020). *Conocimiento expropiado. Epistemología política en una democracia radical*, Madrid: Akal, S. A.

BYSKOV Morten Fibieger. (2021). What Makes Epistemic Injustice an “Injustice”? *Journal of Social Philosophy*, 52(1), 1124-131. <https://doi.org/10.1111/josp.12348>

CASTELLOTE, Javier. (2022). El marco interpretativo y la ceguera sobre el daño epistémico. *Estudios de Filosofía*, 66, 113-129. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.347688>

BETANCOURT RESTREPO, Sebastián. (2010). La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la Teoría del garantismo penal. *Ratio Iuris*, 5(11), 25-44. <https://doi.org/10.24142/raju.v5n11a1>

CALVINHO, Gustavo. (2020). A favor de la carga de la prueba. *Estudios de derecho*, 77(170), 167-199. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a07>

COADY, David. (2017). Epistemic injustice as distributive injustice, In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315212043-6>

GÓMEZ-COLOMER, Juan Luis. (Forthcoming). Una reconsideración del principio de presunción de inocencia y de la libre valoración en el proceso penal: el inicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad. In: RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo y SIERRA SOROCKINAS, David (eds.). *La carga de la prueba y las reglas de flexibilización probatorias*, Bogotá: Tirant Lo Blanch – Universidad de Antioquia.

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2012). Sobre la carga de la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil. *Cuadernos de extensión jurídica (U. de los Andes)* (23), 107-117.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.

DAUNIS, Alberto. (2021). La criminalización de la inmigración como factor de la construcción del mito inmigrante-delincuente. In: PARRA GONZÁLEZ, Ana Victoria (Coord.). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Salamanca: Aquilafuente – Ediciones Universidad de Salamanca.

ESCOBAR VÉLEZ, Susana. (2018). Los antecedentes penales como obstáculo a la reincorporación social. In: GUTIÉRREZ QUEVEDO, Marcela, OLARTE DELGADO,

Ángela Marcela (eds.), *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa* (pp.493-526). Universidad Externado de Colombia.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. (2020). El derecho a la presunción de inocencia. In: ASECIO MELLADO, José María (dir.), *Derecho Procesal Penal*. (pp.437 – 444), Valencia: Tirant Lo Blanch.

FERRAJOLI, Luigi. (2011). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, Luigi. (2004) *Epistemología jurídica y garantismo*. Fontamara.

FERRER, Jordi. (2020). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: FERRER, Jordi. y VÁZQUEZ, Carmen (eds.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 435-464). Madrid: Marcial Pons.

FERRER, Jordi. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

FRICKER, Elizabeth. (2006). Testimony and Intellectual Autonomy. In: SOSA, Ernest & LACKEY, Jennifer. (Eds.). *The Epistemology of testimony* (pp. 225-251). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199276011.003.0011>

FRICKER, Miranda. (2007). *Epistemic Injustice, Power and the Ethics of Knowing*, Oxford: Oxford University Press.

FRICKER, Miranda. (2017). Evolving concepts of epistemic injustice. In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York: Routledge.

GARFINKEL, Harold. (1956). Conditions of successful degradation ceremonies. *American journal of sociology*, 61(5), 420-424. <https://doi.org/10.1086/221800>

GIROMINI, José G. Y VILATTA, Emilia. (2022). Conceptos sociales, etiquetas y cambio conceptual: un enfoque semántico de la injusticia hermenéutica. *Estudios de Filosofía*, 66, 33-55. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.347666>

GOLDSTEIN, Rena Beatrice. (2022). Epistemic Disadvantage. *Philosophia*, 50, 1861–1878. <https://doi.org/10.1007/s11406-021-00465-w>

GRECO, John. (2021). *The transmission of knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press.

HAWLEY, Katherine. (2017). Trust, Distrust, and Epistemic Injustice, In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge*

Handbook of Epistemic Injustice (pp. 69-78), New York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315212043-7>

ITURRALDE, Manuel. (2007). La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías. In: ITURRALDE, Manuel y GARLAND, David. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

LEMERT, Edwin M. (1951). *Social pathology: A systematic approach to the theory of sociopathic behavior*. New York: McGraw Hill.

LEONARD, Nick. (2021). Epistemological Problems of Testimony. En: E. N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/testimony-episprob/>

MAIER, Julio B. J. (1999) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto. s.r.l.

MEDINA, José. (2022). Group agential epistemic injustice: Epistemic disempowerment and critical defanging of group epistemic agency. *Philosophical Issues*. 32:320–334. <https://doi.org/10.1111/phils.12221>

MORENO CATENA, Víctor & CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. (2005). *Derecho Procesal Penal (2da. Ed.)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

NIEVA FENOLL, Jordi. (2019). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida la carga de la prueba. In: NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER, Jordi. & GIANNINI, Leandro J. *Contra la carga de la prueba* (pp. 23-52). Marcial Pons.

NORTH, Douglass. (1995). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica,

PALOMO VÉLEZ, Diego. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable toda esta vuelta? *Ius et praxis*, 19(2), 447-464. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122013000200015>

PEYRANO, JorgeW. (s.f.) La carga de la prueba. In: *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*.

POHLHAUS, Jr., Gaile. (2017). Varieties of Epistemic Injustice. In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (pp. 13-26), New York: Routledge.

PONCE VILLA, Mariela. (2019). *La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

PROSPERI, Adriano. (1996). *Tribunalli della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*. Torino: Einaudi.

- PRIETO SANCHÍS, Luis. (2015). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel.
- PULECIO BOEK, Daniel. (2012). La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal: análisis jurisprudencial. *Revistas ICDP*, 38(38), 259-300.
- RADI, Blas. (2022^a). Injusticia hermenéutica: un ejercicio de precisión conceptual. *Estudios de filosofía*, 66, 97-110. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.347837>
- RADI, Blas. (2022^b). El giro individualista e ideal en la obra de Miranda Fricker: injusticia epistémica e ignorancia. Pre.print. Zenodo. <https://doi.org/10.5281/zenodo.7458042>
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, 201-246. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288
- SIMON, Jonathan., ARIZA, Libardo José, TORRES, Mario Andrés. (2019). *Encarcelamiento masivo: derecho raza y castigo*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de Los Andes.
- SULLIVAN, Michael. (2017). Epistemic Justice and the Law, In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (pp. 293-302), New York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315212043-29>
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. (2021) *¿Dudar y condenar?: El impacto de las cargas probatorias dinámicas en el sistema acusatorio colombiano*. Bogotá_ Universidad Externado de Colombia.
- VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. (2022). *El estándar de prueba de la duda razonable a través de las propiedades de la lógica difusa: hacia la construcción de una regla heurística*. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor, BOLEA BARDON, Carolina, GALLEGÓ SOLER, José-Ignacio, HORTAL IBARRA, Juan Carlos & JOSHI JUBERT, Ujala (dirs.) VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente & RAMÍREZ MARTÍN, Guillermo (coords.). *Un modelo integral de derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 1639-1654). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- VEGAS, Jaime. (2006). La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal. STC 31/1981, de 28 de julio. *Persona y Derecho*, (55), 741-767. <https://doi.org/10.15581/011.31852>
- WANDERER, Jeremy. (2017). Varieties of Testimonial Injustice. In: KIDD, Ian James MEDINA, José & POHLHAUS, Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (pp. 27-40), New York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315212043-3>

WOLF, Alison B. (2022). Presumed guilty until proven credible: epistemic injustice toward Venezuelan immigrants in Colombia. *Estudios de Filosofía*, 66, 223-243. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.349138>

Authorship information

David Sierra Sorockinas. Docente e investigador de tiempo completo de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Doctor en Derecho de la Universidad Federal de Bahía. Magíster y abogado de la Universidad de Antioquia. david.sierraso@unaula.edu.co

Mariana Toro Taborda. Docente e investigadora de tiempo completo de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Málaga. Magíster en Derecho Penal y abogada de la Universidad EAFIT. mariana.torota@unaula.edu.co

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: We would like to express our gratitude to the Universidad Autónoma Latinoamericana for funding this project (UNLA code 34-000033 and UNLA code 36-000009).

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *David Sierra Sorockinas*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Mariana Toro Taborda*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 30/12/2022
- Desk review, plagiarism check and transfer to V9N2: 01/02/2023
- Review 1: 24/04/2023
- Review 2: 12/05/2023
- Review 3: 13/05/2023
- Preliminary editorial decision: 21/05/2023
- Correction round return: 05/06/2023
- Final editorial decision: 16/06/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SIERRA SOROCKINAS, David; TORO TABORDA, Mariana. La flexibilización probatoria en el proceso penal: una forma de injusticia epistémica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 2, p. 949-978, mai./ago. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.798>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.



Disponible en:

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673981993012>

Cómo citar el artículo

Número completo

Más información del artículo

Página de la revista en redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de revistas científicas de Acceso Abierto diamante
Infraestructura abierta no comercial propiedad de la
academia

David Sierra Sorockinas, Mariana Toro Taborda

**La flexibilización probatoria en el proceso penal: una
forma de injusticia epistémica**

**Evidence flexibilization in the criminal trial: a form of
epistemic injustice¹**

Revista Brasileira de Direito Processual Penal

vol. 9, núm. 2, p. 949 - 978, 2023

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal,

ISSN-E: 2525-510X

DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.798>