

**LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y EL PRINCIPIO DE  
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ARTÍCULO 7º DE LA LEY 906 DE 2004),  
SEGÚN LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR LA SALA DE CASACIÓN  
PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE  
CONSTITUCIONAL  
-ESTUDIO APLICADO A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004-**

FANNY AMÉRICA MOSQUERA MOSQUERA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL  
FACULTAD DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2015

**LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y EL PRINCIPIO DE  
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ARTÍCULO 7º DE LA LEY 906 DE 2004),  
SEGÚN LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR LA SALA DE CASACIÓN  
PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE  
CONSTITUCIONAL  
-ESTUDIO APLICADO A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY 906 DE 2004-**

Investigadora:

FANNY AMÉRICA MOSQUERA MOSQUERA

Asesora:

MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA

Trabajo de grado presentado para optar al título de  
MAGISTER EN DERECHO PROCESAL

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL  
FACULTAD DE DERECHO  
MEDELLÍN

2015

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

Firma del presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

Medellín, julio de 2015.

## **Dedicatoria**

*Este trabajo está dedicado especialmente a mi madre+ quien no alcanzo a ver este logro, mi esposo, mis hijos quienes me han acompañado y apoyado en todos los aspectos; ellos han sido mi guía, mi esperanza y son quienes han hecho de mí una persona honesta, trabajadora y capaz de afrontar todos los retos que me he propuesto.*

*A ellos, pues, dedico este logro.*

## CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
1. TÍTULO	11
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
3. MARCO TEÓRICO	19
3.1. GENERALIDADES SOBRE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA	19
3.1.1. Carga procesal	19
3.1.2. Carga de la prueba	22
3.1.3. Carga de la prueba en procesal penal	28
3.1.4. Principio acusatorio	29
3.1.5. Principio adversarial	33
3.2. DE LA TEORÍA DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU CATEGORÍA DE CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL DE LA LEY 906 DE 2004	36
3.2.1. La “carga de la prueba”, y la necesidad de establecer la verdad y la justicia en el proceso penal	36
3.2.2. La “presunción de inocencia”, el “in dubio pro reo” y la carga de la prueba en el proceso penal de la ley 906 de 2004	57
3.2.2.1. La presunción de inocencia como derecho constitucionalizado	63
3.2.2.2. La presunción de inocencia desde los instrumentos internacionales	70
3.2.2.3. La presunción de inocencia desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional	71
3.2.3. El in dubio pro reo	74

3.2.4. El derecho de defensa en el sistema adversarial moderado de la Ley 906 de 2004	75
3.3. LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL DE LA LEY 906 DE 2004 ESTUDIO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL	83
3.3.1. Origen de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia penal colombiana	83
3.3.2. La teoría de la carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	87
3.3.3. La teoría de la carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia	95
4. OBJETIVOS	131
4.1. OBJETIVO GENERAL	131
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	131
5. PROPÓSITO	132
6. HIPÓTESIS	133
7. METODOLOGÍA	134
7.1. TIPO DE ESTUDIO Y MÉTODO	134
7.2. POBLACIÓN	135
7.3. DISEÑO MUESTRAL	135
7.4. DISEÑO DEL PLAN DE DATOS	135
7.4.1. Gestión del dato	135
7.4.2. Obtención del dato	136
7.4.3. Recolección del dato	136
7.4.4. Control de sesgos	137
7.5. PLAN DE ANÁLISIS	137
8. RESULTADOS	139

9.	DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	152
10.	CONCLUSIONES	156
11.	RECOMENDACIONES	160
12.	ÉTICA	161
13.	BIBLIOGRAFÍA	162

## LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. Sentencias Corte Suprema de Justicia	95
Tabla 2. Sentencias de la Corte Constitucional	96
Tabla 3. Plan de Análisis	137
Tabla 4. Sentencias Corte Suprema de Justicia	139

## RESUMEN

El propósito de la presente investigación se centra analizar el alcance de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el principio de Presunción de Inocencia (artículo 7º de la Ley 906 de 2004), de conformidad con la interpretación realizada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; para ello se parte del estudio de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el Proceso Penal Colombiano desde la doctrina, la normativa y la jurisprudencia; posteriormente se identifica la relación existente entre la “carga de la prueba” y el sistema adversarial moderado de la Ley 906 de 2004; y finalmente se evalúa, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, las implicaciones de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el principio de presunción de inocencia.

**Palabras clave:** Carga Dinámica de la Prueba, Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia, Ley 906 de 2004, Principio de Presunción de Inocencia, Sistema Adversarial Moderado.

## ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the scope of application of the Theory of Dynamic Load Test on the principle of presumption of innocence (Article 7 of Law 906 of 2004), in accordance with the interpretation given by the Criminal Appellate Division of the Supreme Court; for it is part of the studied application of the Theory of Dynamic Burden of Proof in Criminal Proceedings from Colombian doctrine, legislation and jurisprudence; then the relationship between the "burden of proof" and moderate adversarial system of Act 906 of 2004 is identified; and finally is evaluated from the jurisprudence of the Supreme Court Criminal Appeals Chamber, the implications of the application of the Theory of Dynamic Load Test on the principle of presumption of innocence.

**Keywords:** Dynamic Load Test, Supreme Court, Court, Law 906 of 2004, Principle of Presumption of Innocence, Moderate Adversarial System.

## **1. TÍTULO**

La teoría de la Carga Dinámica de la Prueba y el Principio de Presunción de Inocencia (artículo 7º de la Ley 906 de 2004), según la interpretación realizada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y la Corte Constitucional. Estudio aplicado a partir de la vigencia de la Ley 906 de 2004.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Dado que la “*presunción de inocencia*” y el “*in dubio pro reo*” se erigen, en cuanto derechos fundamentales (inalienables, imprescriptibles e irrenunciables), como normas rectoras del proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004, que claramente se establece que la carga de la prueba de la comisión de la conducta punible, así como de la responsabilidad del encartado corresponde al Estado – carga que, bajo ninguna circunstancia, puede ser invertida -, además de que se prohíbe expresamente la práctica de pruebas de oficio – salvo excepcionalísimos casos -, el problema que se plantea es el de la aplicabilidad de la “*teoría de la carga dinámica de la prueba*” en el proceso penal de la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; aplicabilidad frente a la cual se presentará su contenido y alcance, al tiempo que se intentará un criterio de evaluación.

El tema de la “*carga dinámica de la prueba*” en el proceso penal es relativamente nuevo en la doctrina y en la jurisprudencia colombianas, particularmente, por lo reciente del sistema penal acusatorio, que apenas lleva algo más de ocho (8) años de implementado y ello de forma gradual. Ha sido, precisamente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la encargada de plantear y desarrollar dicho tema, inspirada, obviamente, en el ordenamiento jurídico colombiano, pero también en la doctrina y en la práctica judicial, tanto colombianas como extranjeras – en este último caso, en lo pertinente y aplicable al caso colombiano.

De los pronunciamientos al respecto, por su carácter histórico y a la vez comprensivo del tema, vale la pena traer a colación la sentencia de mayo 25 de

2011<sup>1</sup>, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló, entre otras cosas - citando a Carlos Clement Durán -, que la “*carga de la prueba*” “*constituye el último refugio al que ha (de) acudir todo juzgador, cuando no estima suficientemente probados los hechos integrantes de la pretensión formulada*”<sup>2</sup>, aclarando que, “[c]omo el accionante ha de aportar el medio de convicción de la situación de facto, y no lo ha realizado, o lo ha hecho indebida o insuficientemente, habrá el juzgador de reputarlos no probados, denegando la pretensión”<sup>3</sup>.

Se agrega, de otra parte, morigerando el principio expresado, que

La carga de la prueba en materia <sic> penal, por virtud del principio de presunción de inocencia, corresponde al ente encargado de investigar y acusar, lo que implica que el procesado queda relevado de probar la no perpetración del hecho delictivo y su no culpabilidad. Empero a dicha regla mal puede dársele el alcance de llegar a afirmar que el acusado no tiene la obligación de acreditar las circunstancias exculpativas que alega en su favor... (...) La carga de la prueba implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor, de donde pueden derivarse consecuencias adversas por la actitud procesal de las partes, en caso de que en ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario<sup>4</sup>.

Y en el mismo sentido,

[!]la carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, **siempre que beneficie sus intereses**, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la

---

<sup>1</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de mayo 25 de 2011, Rad. No. 33660. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

<sup>2</sup> CLEMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 16.

<sup>3</sup> Ibíd. p. 16.

<sup>4</sup> Ibíd. p. 17.

circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción (Negrilla fuera de texto)<sup>5</sup>.

De la anotada e ilustrada morigeración en el principio de la “*carga de la prueba*” en el proceso penal surge la categoría de “*carga dinámica de la prueba*”, según el mismo pronunciamiento jurisprudencial, “*inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia*”<sup>6</sup>.

Para justificar esta posición, expresa la Corte Suprema de Justicia que

[E]n un sistema procesal acusatorio en el que no rige el principio de investigación integral, es claro que la actividad probatoria de la fiscalía y la tarea de desvirtuar dicha presunción, se agota con la demostración de los hechos en los que funda la acusación, al igual que la ejecución de los mismos en cabeza del sindicado, así como el conocimiento que debe expresar a la defensa acerca de la existencia de un medio de convicción favorable a sus intereses. De allí que la defensa adquiera el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación, pues de lo contrario el procesado se expone a una condena<sup>7</sup>.

De ahí que, citando a Mercedes Fernández López<sup>8</sup>, sostiene la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que,

[p]or ello (,) y a pesar de la presunción de inocencia, no puede negarse la existencia de un interés del acusado (presupuesto básico para hablar de carga de la prueba formal) en acreditar los hechos que se opongan a la pretensión acusatoria. Por supuesto dicho interés surge una vez que la acusación haya aportado pruebas de cargo, en cuyo caso su pasividad, será causa suficiente de una sentencia condenatoria<sup>9</sup>.

Con fundamento en lo anterior, se sostiene que

---

<sup>5</sup> Ibíd. p. 18.

<sup>6</sup> Ibíd. p. 18.

<sup>7</sup> Ibíd. p. 19.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ LEÓN, Mercedes. Prueba y presunción de inocencia. Madrid: Lustel, 2005.

<sup>9</sup> CLEMENT DURÁN, Carlos. Op. Cit. p. 19.

[I]a dinámica probatoria característica de un proceso acusatorio, implica superar la visión sobre que la controversia de la prueba se entendía satisfecha a través de un mero ejercicio argumentativo de la parte acusada en la que incluso, ésta podía utilizar como razón para demandar la aplicación del *in dubio pro reo* o la presunción de inocencia, el hecho de que la Fiscalía no encaminó su tarea investigativa a ofrecer elementos de convicción para desestimar las exculpaciones del procesado basadas en su mero testimonio<sup>10</sup>.

Ahondando en el punto, se sostiene que

Este tema ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte en los términos antes enunciados, pues se ha destacado que la carga de la prueba debe entenderse desde una perspectiva formal y material, según la cual a las partes les corresponde probar sus afirmaciones o negaciones, hechas al interior del proceso, y de no hacerlo, se generan consecuencias adversas (Casación 23906 de agosto 29 de 2007). Y aunque una afirmación en tal sentido, no correspondería en principio con el proceso penal dada la oficiosidad que lo rige, al igual que la presunción de inocencia que cobija al acusado, ello no quiere decir que la parte acusada tenga que asumir una actitud pasiva frente a las pruebas de cargo del acusador; el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia (Sentencia C-1194 de 2005)<sup>11</sup>.

Continuando con la exposición y dentro de una óptica eminentemente histórica, se sostiene que

**[E]l concepto de carga dinámica de la prueba, al que alude la cita anterior, ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Sala con ocasión especialmente de la entrada en vigor del sistema procesal acusatorio, el cual permite exigir a la parte que posee la prueba, que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca (Casación 23754 del 9 de abril de 2008, criterio reiterado en la casación 31147 del 13 de mayo de 2009).** Porque, si bien,..., el principio de presunción de inocencia demanda del estado <sic> demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la

---

<sup>10</sup> Ibíd. p. 20.

<sup>11</sup> Ibíd. p. 21.

Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o acusado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión (Negrilla fuera de texto)<sup>12</sup>.

Con el propósito de arrojar mayor claridad sobre lo señalado, se precisa que,

[e]n manera alguna, el principio de la carga de la prueba implica relevar de la obligación que le compete al Estado, e invertir, en trasgresión de los derechos fundamentales del acusado, la presunción de su inocencia para que ahora, sea a él a quien se le exija probar este aspecto; **la carga dinámica de la prueba se aplica no para que al procesado se le demande demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador (...)** Sin embargo, el respeto al imperativo constitucional de la presunción de inocencia no significa que toda la actividad probatoria debe ser adelantada por la Fiscalía, a la manera de entender que junto con la prueba de cargo, se halla obligada a recoger todo cuanto elemento probatorio pueda ir en favor de cualesquiera posturas de su contraparte, o mejor, de la específica teoría del caso de la parte defensiva (Casación 31103 del 27 de marzo de 2009) (Negrilla fuera de texto)<sup>13</sup>.

En ese orden de ideas,

[e]l proceso acusatorio exige de la defensa un mayor despliegue investigativo, pues su labor ya no se limita a esperar que el acusador desvirtúe la presunción de inocencia, sino que asume el rol de rebatir la prueba de cargo de la Fiscalía, no únicamente a partir de argumentos, sino de medios probatorios que cuenten con la idoneidad de desacreditar lo probado por su adversario (...). **Queda claro que al proceso penal acusatorio, en razón de la desaparición del principio de investigación integral, se incorporó el de carga dinámica de prueba con las limitaciones inherentes también de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, y se reitera, el concepto de carga dinámica de la prueba se aplica en el campo penal de manera restrictiva, esto es, en forma alguna para que a la defensa se la**

---

<sup>12</sup> *Ibíd.* p. 22. Precisamente en la sentencia de mayo 13 de 2009, se sostuvo: “...dentro de criterios lógicos y racionales no puede desconocerse que la dinámica de los acontecimientos enfrenta a la judicatura en muchas de las veces a situaciones en las cuales se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor, que los invocan para demostrar circunstancias que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, y que por lo tanto es a ellos a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan” (p. 11 y ss.).

<sup>13</sup> *Ibíd.* p. 22.

**requiera a probar lo que compete al Estado por conducto de la Fiscalía**  
(Negrilla fuera de texto)<sup>14</sup>.

Claro como está que la “*carga de la prueba*” en el proceso penal de la Ley 906 de 2004 corresponde de manera exclusiva al Estado, en cabeza del Ente Investigador, la cual nunca podrá invertirse, máxime cuando están de por medio principios constitucionales y derechos fundamentales – como la “*presunción de inocencia*” y el “*in dubio pro reo*” -, la utilización que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha hecho de la “*teoría de la carga dinámica de la prueba*” en este tipo de procesos, se presenta como altamente problemática.

Por último, respecto de la aplicación de la “*carga dinámica de la prueba*” por parte de la Corte Suprema de Justicia en procesos regidos por la Ley 906 de 2004, el profesor Jairo Parra Quijano ha manifestado que

El razonamiento de la Corte, desde el punto de vista lógico, es absolutamente correcto, pero desde el punto de vista político e ideológico es incorrecto. La noción de carga dinámica de la prueba invierte la carga de la prueba y la residencia no en cabeza de quien le favorece la prueba, sino en cabeza de quien le queda más fácil, por la inmediatez con el objeto, o porque tiene los conocimientos (,) y fundamentalmente tiene un contenido de solidaridad o de equidad, **que no se le puede exigir al inculpado. Transportar al proceso penal la noción de las cargas dinámicas contradice políticamente la presunción de inocencia, es un mensaje no conveniente y (,) por otra parte (,) esa noción...resulta completamente inútil...** (Negrilla fuera de texto)<sup>15</sup>.

En el presente caso, el tema de la aplicabilidad de la “*teoría de la carga dinámica de la prueba*” en los procesos penales regulados por la Ley 906 de 2004 frente a la forma como lo ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, invita a realizar el análisis del contenido y alcance de dicha aplicación, en la mayor parte de los casos, para intentar una evaluación sobre los mismos, de cara a determinar si es correcta o, por el contrario, obedece, entre otros motivos, a

---

<sup>14</sup> Ibíd. p. 22.

<sup>15</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2011. p. 261.

una errónea intelección o a una indebida aplicación de la teoría, con desconocimiento de algunos principios que rigen el proceso penal de la Ley 906 de 2004, como la “*presunción de inocencia*”, el “*in dubio pro reo*”, así como la no inversión de la carga de la prueba sobre la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del encartado, en cabeza del órgano estatal de persecución criminal.

De acuerdo a los anteriores planteamientos, entonces, en el presente trabajo se buscó responder la siguiente pregunta de investigación: ¿cuál es el alcance de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba y el principio de Presunción de Inocencia (artículo 7º de la Ley 906 de 2004), en el proceso penal colombiano, de conformidad con la interpretación realizada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional?

### 3. MARCO TEÓRICO

#### 3.1. GENERALIDADES SOBRE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

##### 3.1.1. Carga procesal

La Corte Constitucional en Sentencia C-203 de 2011 define la carga procesal de la siguiente manera:

(...) ésta consiste, como se sabe, en una conducta de realización facultativa de cuya inobservancia se pueden derivar consecuencias desfavorables, por lo que la negligencia o la incuria en el cumplimiento de la carga señalada por la ley, sólo afectan al interesado. La carga, es algo que se deja librado por la ley a la auto-responsabilidad de las partes<sup>16</sup>.

Por ello podemos afirmar que las cargas procesales son exigencias procesales que de no cumplirse, causan un perjuicio procesal al incumplido. De manera que las partes tienen un interés propio de llevar a cabo la actuación, pues en su defecto, se verán afectados por la omisión. Así, las pruebas constituyen una carga para las partes.

A diferencia de la obligación, en la que el vínculo proviene de un interés ajeno, el del acreedor; en las cargas procesales el vínculo emana del propio interés. De manera que la obligación insatisfecha, genera un derecho a favor del acreedor, mientras que de la carga insatisfecha sólo nace un perjuicio del deudor.

Obligación y carga tienen en común el elemento formal. Las dos vinculan la voluntad del individuo, pero en la obligación la voluntad está vinculada para realizar el interés ajeno, mientras que en la carga se protege el interés propio.

---

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

La carga supone el poder derecho de que gozan las partes, contrapuesto al poder deber que corresponde al juez. Mientras el órgano jurisdiccional está obligado a ejercitar las facultades que la ley le otorga para impartir justicia, las partes no tienen la obligación de ejercitar sus derechos en juicio, pero si quieren obtener ciertos resultados han de efectuar determinados actos. Por ejemplo, en el derecho civil, **la carga de la contestación de la demanda**. Ella implica la necesidad del demandado de dar respuesta oportunamente a las alegaciones que el actor presenta en su contra, ya que de no hacerlo su rebeldía generará una consecuencia jurídica que en nuestro ordenamiento puede contribuir al pronunciamiento de confesión ficta en la sentencia y en contra del demandado. En cambio en el derecho penal refiriéndonos a la defensa técnica el profesional defensor no puede libremente dejar de adoptar los deberes inherentes al cabal cumplimiento de su mandato, pues su prohijado tiene derecho a exigir el cumplimiento del mandato, además del deber profesional, la incurrancia en una falta disciplinaria y la ética del abogado, un abogado no podría sin más dejar de ejercer el encargo a través de los medios lícitos establecidos para ello, ya que desbordaría los cauces de su función para incursionar en los linderos del derecho penal.

Para el profesor Hernando Devis Echandía, el proceso es fuente de derechos subjetivos y de correlativas obligaciones, sin que se oponga a esto su naturaleza de derecho público, porque al lado de los derechos individuales privados existen los derechos individuales públicos, como el de elegir o ser elegido, el de acción y contradicción, el de no ser condenado ni juzgado sin las formalidades procesales establecidas por la ley.

La relación jurídico-procesal impone a las partes o sujetos determinadas conductas en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas, más o menos graves, como la pérdida de oportunidades

para su defensa, la ejecutoria de providencias desfavorables, la pérdida del derecho a designar perito o secuestre, e inclusive la pérdida del proceso.

La actividad de las partes es de fundamental importancia para la suerte de sus pretensiones o defensa. Esta actividad adquiere mayores proporciones cuando el proceso se rige por el principio dispositivo riguroso, ya que toda la iniciativa probatoria está radicada en las partes; pero conserva su importancia en el proceso inquisitivo (...) de esto se deduce que las partes deben ejecutar ciertos actos, adoptar determinadas conductas, afirmar hechos y hacer peticiones todo ello dentro de los límites de tiempo y lugar que la ley procesal señale, si quieren obtener buen éxito y evitarse perjuicios como resultado del proceso<sup>17</sup>.

Tanto la Constitución como la ley, otorgan derechos a las partes, sin embargo ello no excluye que recaiga sobre ellas, la carga de ejecutar ciertos actos, aun cuando no estén obligadas a hacerlo. Incluso en ciertas ocasiones el apoderado debe ejecutar obligatoriamente ciertos actos mínimos inherentes a los derechos que representa, so pena de violar el derecho a la defensa técnica en cabeza de los procesados o los derechos de las víctimas.

Por su parte, la Corte Constitucional<sup>18</sup> ha definido las cargas procesales como aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso. Y se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no (sic), tal omisión le puede

---

<sup>17</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Temis, 2001. p. 393.

<sup>18</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2001. Op. Cit.

acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa.

En ese sentido, afirma la corporación que las cargas procesales son un imperativo que emana de las normas procesales de Derecho público y con ocasión del proceso, solo para las partes y algunos terceros. Son del propio interés de quien las soporta, razón por la cual *“no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá, para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja para el mismo (y no para el otro sujeto)”*<sup>19</sup>.

En otras palabras:

(...) el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente a una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan<sup>20</sup>.

Para Néstor Raúl Caro Espitia<sup>21</sup>, este primer acercamiento sugiere dos aspectos: el primero, relativo a la necesidad de realizar actos concretos para evitar perjuicios; el segundo, a la incumbencia de la parte para demostrar los hechos que le interesan, pues de no realizar los actos tendientes a demostrar los hechos que le incumbe, se expone a consecuencias jurídicas desfavorables.

### **3.1.2. Carga de la prueba**

Es este el concepto originario, por eso antes de introducirnos en la teoría de la carga dinámica de la prueba resulta necesario acercarnos a el fundamento del

---

<sup>19</sup> VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Bogotá: Editorial Temis, 1984. p. 245.

<sup>20</sup> *Ibíd.* p. 245.

<sup>21</sup> CARO ESPITIA, Néstor Raúl. La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano. En: Verba Iuris, N° 29, Bogotá, 2013. p. 31-42.

*onus probandi* el cual radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se entiende que está probado, lo anormal se prueba". Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (*affirmanti incumbit probatio*: a quien afirma, incumbe la prueba). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema). En el derecho penal: el *onus probandi* es la base de la presunción de inocencia de cualquier sistema jurídico que respete los derechos humanos. Significa que para toda persona se presume su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad. Es una presunción que admite prueba en contrario, pero en la cual lo relevante es que quien acusa es quien tiene que demostrar la acusación, es decir, el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte.

Las pruebas entendidas como la forma que se tiene para llevar al convencimiento al juez, como el medio para aportar al proceso las razones para lograr crear una certeza en el fallador a fin de obtener una sentencia favorable, implican responsabilidad para las partes, en la medida que les resulta necesario demostrar los hechos afirmados si pretenden el acogimiento de sus pretensiones o excepciones. Es aquí donde surge la carga de la prueba como regla de conducta para las partes y una obligación para el juez, para las partes en cuanto implica una autorresponsabilidad de aportación de prueba, pues si no demuestran el hecho que fundamenta el efecto jurídico perseguido, la decisión deberá ser desfavorable y para el juez en la medida de que si no encuentra probado tal hecho, en todo caso está obligado a fallar de fondo, con una sentencia que deberá ser desfavorable a quién no logró tal demostración. La carga de la prueba sirve pues al fallador para decidir el caso cuando no encuentra la prueba del hecho que debe determinar la decisión jurídica para el caso en estudio. Sin embargo, la estricta aplicación de esta regla, en materia de procesos en los que se discute la responsabilidad médica, muchas veces llevaría a que se vea frustrada la

indemnización reclamada, dada la dificultad de demostrar la culpa médica, presupuesto axiológico para el éxito de la pretensión indemnizatoria.

Ahora bien, el derecho procesal ha sido concebido como la forma de hacer efectivo el derecho sustancial, como un medio para acceder a la justicia material, empero la posibilidad de los jueces de dispensar justicia está condicionada no solamente al respeto por el debido proceso, sino a la importantísima actividad de las partes que concurren al escenario procesal, pues son ellas las que de manera principal soportan la carga de llevar al juez al convencimiento de que el derecho que reclaman es suyo, y sólo se puede llevar al órgano jurisdiccional a tal convencimiento a través de las pruebas arrimadas legal y oportunamente al juicio. El fin de la prueba implica producir certeza en el fallador, es decir, hacerle conocer la verdad gracias a la prueba, certeza que como lo expresa el tratadista Devis Echandia, no implica una verdad absoluta, sino una certeza “*histórica, lógica y psicológica*”<sup>22</sup>, pues si el juez no logra convencerse sobre los hechos afirmados, la prueba no habrá alcanzado su objetivo y en tal caso el juez deberá acudir a un sustituto, como lo es la carga de la prueba a fin de poder decidir de fondo el asunto que se le presentó.

El juez obligado siempre a resolver el conflicto que se le presenta, exista o no norma aplicable, debe procurar decidir de cara a una justicia material; justicia que se logra en la medida que se lleva al fallador a un conocimiento pleno y veraz de los hechos que constituyen el debate planteado, y tal conocimiento en principio llega a través de los enunciados que frente a los hechos narran las partes. No obstante, tales enunciados la mayoría de las veces controvertidos en el proceso, hacen necesario una reconstrucción a fin de poder establecer la verdad histórica; verdad que sólo es posible alcanzarla a través de los medios probatorios en tanto le está prohibido al juez fallar con su conocimiento interno, ya que “*lo que no está*

---

<sup>22</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas Judiciales. Bogotá: Editorial A B C, 1984. p. 80.

*en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez*<sup>23</sup>.

Medios probatorios que deberán ser aportados por las partes en virtud de la carga probatoria, carga procesal que para el presente estudio y en cuanto a la distribución de la misma entre las partes, se entiende, siguiendo el criterio de Devis Echandia<sup>24</sup>, en el sentido de que tal distribución opera, de acuerdo con la relación entre parte y efecto jurídico pedido, imponiéndola a aquel que pretenda deducir un efecto jurídico con fundamento en los hechos que afirma; o lo que es lo mismo, la carga estará a cargo de la parte que reclama la aplicación a su favor de la norma que considera el hecho por ella afirmado, como supuesto para que se produzca los efectos jurídicos que consagra.

La noción actual de la “carga de la prueba” aunque conserva la denominación, ha cambiado el contenido. No se trata de saber quién debe probar, se trata de saber que debe probarse y que pasa cuando no se ha probado. Toda norma tiene un supuesto de hecho y una consecuencia de derecho; la “carga de la prueba” lo que implica es que obligatoriamente debe probarse el supuesto de hecho o el conjunto de hechos que lo conforman, sin que sea relevante determinar ni quien aportó esa prueba, ni de dónde salió.

Ya que si la prueba del hecho alegado por el demandante se obtiene gracias a una prueba pedida por el demandado. Aplicando a “rajatabla” el principio de la carga de la prueba, el juez tendría que resolver que el hecho alegado por el demandante NO está probado porque la prueba de ese hecho recaudada por la actividad del demandado NO sirve como prueba, porque NO fue el demandante quien probó y era a él a quien le correspondía esa obligación; ello sería aberrante y la verdad es que ello no ocurre así en la realidad. Si la prueba existe, pues existe

---

<sup>23</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 638.

<sup>24</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. p. 159.

y si no existe, pues no existe; el juez jamás se detiene a pensar quién la aportó, ese aspecto es completamente irrelevante en la valoración y menos aún para la decisión.

El punto pues, no es quién debe probar, sino quién corre el riesgo de la falta de la prueba, porque cuando a pesar de todos los esfuerzos no está probado algo, es porque eso no ha existido o no ha sucedido; en ese sentido no es que no haya prueba, por el contrario, sí hay prueba: se probó que no ocurrió o que no existió.

El artículo 177 del código de procedimiento civil señala que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...*” por lo que si las partes aspiran sacar adelante cada una de sus pretensiones y excepciones , o su defensa en general, pueden aportar las pruebas necesarias que permitan demostrar los hechos y efectos jurídicos contemplados en la norma, según el artículo 29 de la Constitución (el debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...quien sea sindicado tiene derecho a... a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra) lo que significa que toda persona tiene derecho a conseguir la prueba que le permita demostrar la bondad de su pretensión.

El ilustre profesor Parra Quijano<sup>25</sup>, señala la diferencia central entre la carga de la prueba en materia civil y penal así: el estado de duda en materia civil y penal son niveles de conocimiento exactamente iguales, pero por razones políticas e ideológicas se resuelven en forma distinta: en penal la duda a favor del reo. En materia civil si a pesar del decreto oficioso de pruebas no se puede salir del estado de dudas, se utiliza el sucedáneo de prueba: la carga de la prueba y nos preguntamos a quien le incumbía demostrar los hechos con grado de certeza y a quien le incumbía sufre las consecuencias de su actividad de mal probador.

---

<sup>25</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 261.

En palabras del maestro Hernando Devis Echandía<sup>26</sup>, para saber con claridad que debe entenderse por carga de la prueba es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción. 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuales son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria, para que sean considerados como ciertos y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

El primer aspecto implica una norma imperativa para el Juez, quien no puede desatenderla sin incurrir en violación de la ley, pues inclusive puede estructurar una causal de casación, el segundo significa un principio de autorresponsabilidad de las partes, meramente facultativo porque si bien les otorga poder para aducir esas pruebas las deja en libertad para no hacerlo, sometiéndose en este caso a las consecuencias adversas, aunque nadie pueda exigirles su observancia.

Quizás el aspecto más importante de la evolución de este concepto es el reconocimiento de que es esencialmente una *regla de juicio* dirigida al juez que le señala el modo de decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan las pretensiones y excepciones en cada proceso...

Estos dos aspectos de la noción aparecen también en el proceso penal, y en los procesos inquisitivos laborales y civiles. En el proceso penal, la regla de juicio se observa fácilmente, pues consecuencia de ella es la absolución del sindicado cuando falta la prueba de su culpabilidad y también el axioma *in dubio pro reo*,

---

<sup>26</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. p. 424.

conforme al cual este se favorece con la deficiencia de la prueba; el segundo aspecto opera para la prueba de las circunstancias exculpativas o atenuantes, conocidas solo del sindicado u olvidadas en la investigación oficiosa del juez y de los hechos que configuran los perjuicios que deban indemnizarse a la víctima del delito o a sus herederos que se hayan constituido en parte civil y que no resulten demostrados oficiosamente por el juez.

Deduciendo de las anteriores consideraciones la siguiente definición: **carga de la prueba** es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables<sup>27</sup>.

### 3.1.3. Carga de la prueba en procesal penal

Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad -al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma A7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación (tesis T63)- postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena<sup>28</sup>. El proceso de humanización de la facultad punitiva, materializada principalmente en el reconocimiento de que las personas se presumen inocentes hasta que hayan sido vencidas en un juicio justo. La imparcialidad del juicio se asocia principalmente con la existencia de un juez ecuánime, con la radicación de la

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* p. 424-426.

<sup>28</sup> FERRAJOLI. Luigi. *Derecho y Razón: la teoría del garantismo procesal*. Madrid: Trotta, 2001. p. 549.

carga de la prueba en el titular del ejercicio de la acción penal, con la prohibición de obtener pruebas mediante la violación de derechos y garantías constitucionales y con la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en condiciones equivalentes a las del ente acusador. En lo que se refiere a la carga de la prueba en cabeza del acusador, el nuevo ordenamiento procesal penal reafirma que la Fiscalía General de la Nación debe obtener lícitamente y presentar en debida forma, las pruebas necesarias para convencer al juez más allá de toda duda razonable de que una conducta punible ha ocurrido, de que fue realizada por un determinado individuo y de que es procedente la imposición de una sanción.

Desde el punto de vista constitucional, la teoría de la carga de la prueba en el derecho penal tiene su fundamento, principalmente, en el debido proceso, por cuanto su razón de ser es la de dar a los juzgadores y a las partes procesales unos criterios claros para resolver los problemas de valoración probatoria que puedan plantearse en los casos de inexistencia de pruebas o dudas razonables sobre las pruebas practicadas.

#### **3.1.4. Principio Acusatorio**

Es éste uno de los principios más importantes de nuestro derecho procesal penal. el sistema acusatorio tiene sus raíces en los sistemas de derecho consuetudinario donde las propias víctimas cumplían las veces de “acusadores” o “fiscales” en las causas criminales y donde el acusado debía defenderse por sí solo, a través de ordalías divinas, Semánticamente acusar indica imputar a alguien un delito, y derivadamente perseguir al culpable. El principio acusatorio se traduce en una idea muy importante y simple “no hay proceso sin acusación” y afirma que debe existir una autoridad estatal especial que se encargue de la acusación y una correlación entre la acusación y la sentencia, de forma que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba, participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se

le acusa. Se producirá indefensión si por sorpresa es blanco el acusado de imputaciones nuevas, hechas valer cuando han terminado sus posibilidades de defensa. En base a este principio hay que afirmar también que no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto, el juez instructor ha de ser diferente del juez que redactará la sentencia.

El principio acusatorio constituye un criterio configurador de nuestro actual proceso penal, según el cual, sin una previa acusación, (formulación de imputación a una o más personas de determinados hechos), no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno.

Para el profesor Luigi Ferrajoli se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción<sup>29</sup>.

De esta definición podemos sacar elementos importantes, a saber:

1. Es un sistema procesal, lo que determina que sean una política estatal por la cual la fuerza desmesurada del estado ha de normar su función sancionadora, es decir la legitimación del poder de sancionar;
2. El juez, en un sistema acusatorio es considerado como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes, las cuales tienen a su disposición el proceso penal, desde esta perspectiva, estarían proscritas las pruebas *ex officio*, toda vez que no es el juez un interesado en la contienda, sino que sumisión se limita a vigilar el cumplimiento del ordenamiento ritual penal y a

---

<sup>29</sup> *Ibíd.* p. 564.

las garantías del debido proceso como fuente primigenia del método de búsqueda de la verdad procesal;

3. Se refiere específicamente al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, lo que significa que no se distingue entre el sistema adversarial y el sistema acusatorio sino que se utilizan los mencionados términos de forma intercambiable; la acción obviamente le compete al acusador.
4. Al acusador le compete la carga de la prueba, es decir el *onus probandi* recae exclusivamente sobre el acusador y no sobre el acusado, quien goza de antemano del beneficio de la presunción de inocencia la misma que constituye una presunción *juris tantum*.
5. El juicio es contradictorio, oral y público, es decir se garantiza de esta manera la contradicción de la prueba que debe ser conocida por la parte contra quien se pretende utilizar la prueba; la oralidad que determina, según la doctrina, un control de calidad de los operadores de justicia; y, la publicidad, criticada por muchos sectores como una punta de lanza en donde la independencia judicial pierde claridad y las decisiones judiciales pasan a ser influidas por los medios de comunicación.
6. Finalmente se determina que en el sistema acusatorio el juez pone fin al conflicto penal según su libre convicción, lo que significa que la valoración jurídica de la prueba está sometida a esta libre convicción.

El sistema acusatorio establece varios principios y garantías que la doctrina ha denominado “rectores” del proceso<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 56.

Estos son:

1. Dignidad humana
2. Libertad
3. Bloque de Constitucionalidad
4. Igualdad
5. Imparcialidad.
6. Legalidad.
7. Presunción de inocencia e in dubio pro reo
8. Derecho de defensa.
9. Oralidad
10. Actuación procesal
11. Derechos de las víctimas
12. Lealtad
13. Gratuidad
14. Intimidad
15. Contradicción
16. Inmediación
17. Concentración
18. Publicidad.
19. Juez Natural
20. Doble Instancia
21. Cosa Juzgada
22. Restablecimiento del derecho
23. Cláusula de exclusión.
24. Ámbito de la jurisdicción penal
25. Integración
26. Prevalencia
27. Moduladores de la actividad procesal.

Estos principios han sido considerados y desarrollados de forma amplia en la jurisprudencia colombiana emitida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional quien señalo que las instituciones y principios que se recogen del sistema acusatorio son normas consagradas universalmente no solamente en los códigos de procedimiento sino en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, están en concordancia con los estándares internacionales y buscan hacer más eficiente y eficaz el procedimiento diferente allí establecido, sin que ello afecte norma constitucional alguna<sup>31</sup>.

### **3.1.5. Principio adversarial**

Debemos manifestar que entre estos dos términos existen no solamente diferencias semánticas sino también históricas, jurídicas y dogmáticas, lo que implica que estos dos términos no son, como se supone con mucha frecuencia, intercambiables. Afirma el maestro Michelle Taruffo que el termino adversarial se emplea para apoyar la idea de un proceso que se deja por completo a la dirección de las partes, en contraste con las tendencias inquisitivas. Así adversarial se usa como sinónimo de libertad, iniciativa individual, democracia, igualdad, competición equitativa y decisión imparcial, mientras que inquisitorial se usa como sinónimo de poder autoritario, falta de libertad, paternalismo, parcialidad y poder público que interfiere en la vida privada<sup>32</sup>.

El autor Richard Vogler manifiesta que la adversarialidad como forma de juicio, no tiene nada que ver con la antigua tradición acusatoria y fue, en cambio, un procedimiento radicalmente nuevo desarrollado en Inglaterra en el siglo XVII. La adversarialidad introdujo en la temprana Inglaterra industrial un juicio basado en un conjunto de derechos legales del debido proceso con los que el imputado

---

<sup>31</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>32</sup> TARUFFO, Michelle. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 110.

estaba investido, como la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, el derecho a examinar a los testigos, etc. Profundamente inspirado en el pensamiento de la Ilustración y en las obras de John Locke, esta nueva forma de juicio fue inventada por abogados litigantes en Inglaterra entre 1730 y 1770.

Por primera vez se trataba de una forma de juicio penal articulada en el lenguaje de los derechos, en la cual el ciudadano acusado era puesto en un nivel de equidad con el poder soberano del estado (y no, como en el sistema “acusatorio”, a nivel de la víctima acusadora). Es decir que la adversarialidad debe ser considerada como un producto de la Ilustración Europea, con elementos poco comunes con el procedimiento acusatorio.

De esta manera encontramos varias características en la adversarialidad, así tenemos:

1. Es el producto de la tensión entre el ideal de equidad de la Ilustración y un sistema político fragmentado que no es lo suficientemente fuerte para producir un cambio social de tanta radicalidad.
2. Esta marcado por la retórica antiautoritaria del protestantismo angloamericano.
3. Trajo consigo, por primera vez en la historia de la humanidad, un lenguaje de derechos humanos y de protección.
4. .La metodología que emplea es el empírico tanto a nivel del derecho como de la ideología.

5. En sus propósitos prácticos presupone un espacio público en el cual el estado debe justificarse a sí mismo y ante los ciudadanos y es además el eje central de la organización del sistema penal.
6. La técnica que emplea es la declaración voluntaria de culpabilidad y la negociación de la pena que representa la cualidad transaccional de su dinámica esencial.
7. El descubrimiento de la verdad procesal depende del método relativista y comparativista.

Mientras que el sistema adversarial apunta al proceso contradictorio de la búsqueda de la verdad, el acusatorio apunta, en primer lugar, a la necesaria existencia de un acusado.

Si bien la Constitución no fija requisitos para acusar y la ley lo hace de manera muy general lo cierto es que sin acusación no hay juez y este no puede moverse por fuera del marco de la acusación, que si en el anterior sistema se erigía en ley del proceso, en el nuevo condiciona absolutamente la actividad del juzgador por el carácter adversarial del sistema. La formulación previa de una acusación, ejercitada y sostenida por sujeto diferente al juez, configura la esencia imprescindible del novedoso sistema y lo que se ha dado en llamar el principio acusatorio. Así se desprende de lo dispuesto por el legislador de 2004 en el artículo 361 de la ley 906, en tanto dispone que *“en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”*, pues ello supondría la pérdida de su imparcialidad, en tanto dicha prueba afectará, para bien o para mal, a una de las partes del proceso y la verdad que declare el juez en el proceso ya no será el resultado del debate dialéctico que implica un sistema adversarial, como se supone es el que caracteriza al acusatorio.

## **3.2. DE LA TEORÍA DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU CATEGORÍA DE CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL DE LA LEY 906 DE 2004**

### **3.2.1. La “carga de la prueba”, y la necesidad de establecer la verdad y la justicia en el proceso penal**

El debido proceso se erige, como la garantía por excelencia con que cuentan todas las personas en un Estado social de derecho, de ser juzgadas conforme a las leyes preexistentes y con observancia irrestricta de las formalidades propias de cada juicio (art. 29 Const. Pol.); su finalidad será la obtención de una decisión válida. Su principal característica estriba en el deber de la actividad judicial de propender por el respeto de la dignidad humana como núcleo esencial del Estado social y democrático de derecho, lo que se traduce en que tanto la investigación como el juicio penal no justifiquen al Estado en buscar la verdad a como dé lugar. Ello implica que, por conducto del debido proceso, ningún funcionario judicial podrá pretermitir etapas procesales o requisitos previamente establecidos en la ley, so pretexto de lograr la verdad real.

El proceso penal, a lo largo de la historia, ha sido especialmente sensible a las alternativas de reconstrucción de la verdad como presupuesto para la formación de la convicción judicial y para la toma de decisiones justas. Y ello es comprensible, pues aquel es un escenario en el que se refleja con particular intensidad la difícil tensión entre el poder político y las libertades individuales. De allí que los modelos de averiguación de la verdad varíen de acuerdo con la vocación democrática o autoritaria de los estados. Y que muchas veces haya ocurrido que en el proceso penal no se imponga una aproximación razonable a la verdad, sino el solo ejercicio del poder como fundamento de las decisiones judiciales como lo recuerda Foucault, en este contexto “*la prueba no sirve para*

*nombrar o determinar quién es el que dice la verdad, sino para establecer quién es el más fuerte, y al mismo tiempo quien tiene la razón*<sup>33</sup>.

El principio de presunción de inocencia ratifica el imperio de que sea el órgano de persecución penal el encargado de probar, más allá de toda duda, la responsabilidad penal del acusado, y la rotunda prohibición de invertir la carga probatoria. La duda, en consecuencia, deberá ser siempre resuelta a favor del procesado.

Este planteamiento lleva implícito el principio de **necesidad de la prueba** de exigencia de corroboración en las fases de verificación y refutación. En consecuencia, siempre será demandable constitucionalmente y paralelamente como una obligación del funcionario judicial, la evaluación, análisis y corroboración permanente de la necesidad de la prueba.<sup>34</sup>

El artículo 5º de la Ley 906 de 2004, en aras de garantizar la “*imparcialidad*” de los jueces, en concreto, en el ejercicio de la función de juzgamiento, establece que la misma se orientará “*por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia*”<sup>35</sup>. No podrá el juez decidir el proceso puesto bajo su conocimiento si no cuenta con las pruebas suficientes al respecto. Ello pone en claro que la “*carga de la prueba*” sigue teniendo vigencia en el proceso penal colombiano, precisamente, por el carácter adversarial que adopta.

---

<sup>33</sup> URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p. 46.

<sup>34</sup> ARENAS SALAZAR, Jorge y VALDÉS MORENO, Carlos Eduardo. La prueba testimonial y técnica. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa, 2008. p. 30.

<sup>35</sup> Guarda estrecha relación con esta norma el artículo 372, ibídem, según el cual “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

Al respecto, los teóricos del derecho probatorio – entre estos, el profesor Álvaro Bertel Oviedo<sup>36</sup> - vinculan el tema de la “*carga de la prueba*” con el principio de “*necesidad de la prueba*”, el cual

Responde a la pregunta de <<por qué>> se prueba. Como la decisión de la controversia o del caso sometido a la consideración del funcionario debe adoptarse sobre lo que repose en el expediente, surge el principio de la necesidad como algo inherente a dos aspectos:>> <<Necesidad de demostrar un tema o hecho que influye directamente en el caso, factor que se relaciona con lo señalado en el anterior (,) por cuanto la prueba debe llegar al expediente en relación con los hechos tema del proceso...>> <<Necesidad de que la prueba aparezca contenida físicamente en el proceso...<sup>37</sup>.

En materia penal la necesidad de la prueba tiene su sustento en la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la Constitución Nacional. Y desarrollada en el artículo 7 del C. de P.P.

La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia;...Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el Juez.

Cuando hay necesidad, no hay libertad, por tanto no existe ninguna libertad para que el funcionario decida con base en pruebas o circunstancias que no obren en el proceso. Esta necesidad tiene sustento en el derecho de contradicción, el cual sería violado si la decisión se tomara con base en pruebas no aportadas al proceso, o en ideaciones o en conocimientos privados del juez<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> BERTEL OVIEDO, Álvaro. Derecho Probatorio: Partes General y Especial. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez-USTA, 2009. p. 114.

<sup>37</sup> Ibíd. p. 114.

<sup>38</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 68.

La convicción judicial como finalidad de la práctica probatoria debe formarse garantizando una aproximación razonable a la verdad como un fin constitucional del proceso desarrollado desde el rol que les incumbe a los sujetos procesales y desde la finalidad de las pruebas. Por tanto ceñirse a la verdad de los hechos acaecidos es un deber que les asiste a los sujetos procesales para lograr este fin constitucional del proceso.

La llamada “*carga de la prueba*” no es un principio, ni siquiera una “*regla técnica*”, sino un deber procesal de “*autorresponsabilidad*”, que, según el profesor Jairo Parra Quijano, “*regula el cuidado que las partes deben tener en la petición, presentación y diligenciamiento de las pruebas que son necesarias para obtener la demostración de sus propuestas, de tal manera que si no lo hacen, sufren las consecuencias...*”<sup>39</sup>.

Desarrollando el punto, y dando respuesta a las preguntas qué es y para qué sirve la “*carga de la prueba*”, precisamente, Jairo Parra Quijano responde que

es una noción procesal (,) que consiste en una regla de juicio que le indica a las partes la **autorresponsabilidad** que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman (,) aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados dichos hechos (...) (Se utiliza) la palabra autorresponsabilidad para significar que no es la carga una obligación o un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad (de) que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte (...) El juez debe procurar con el decreto oficioso de pruebas, investigar los hechos; pero (,) si ello no es posible, por inercia de la parte a quien le interesaba que el hecho apareciera demostrado, debe utilizar el sucedáneo de prueba y aplicar la regla de la carga (Negrilla fuera de texto)<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ibíd.* pp. 145 y ss.

<sup>40</sup> *Ibíd.* p. 232.

El problema con el proceso penal de la Ley 906 de 2004, es que, su artículo 361, prohíbe expresamente del juez el decreto de pruebas de oficio<sup>41</sup>, de manera que en este caso la “*carga de la prueba*” opera exclusivamente como lo que es, como “*sucedáneo de prueba*”.

No obstante que el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 señaló expresamente a quién corresponde la “*carga de la prueba*” en el proceso penal, en aras de introducir el tema de la “*teoría de la carga dinámica de la prueba*”, viene al caso hacer relación a los criterios más socorridos de distribución de las cargas probatorias, para lo cual se acudirá a la presentación realizada por los profesores Carlos Betancur Jaramillo y Alfonso García Sierra<sup>42</sup>, quienes, a su vez, se basan en el estudio realizado por el profesor HERNANDO DEVIS ECHANDÍA en su Tratado de Derecho Procesal Civil Colombiano, en el cual se destacan los siguientes criterios:

1. La carga de la prueba corresponde al actor y en este se incluye al demandado que excepciona: Se considera un criterio de amplia acogida y utilidad, pese a su insuficiencia<sup>43</sup>.
2. La carga corresponde a quien afirma, el que niega está exento de ella: Como sostienen Betancur y García, “[*c*]on este criterio se traslada la

---

<sup>41</sup> ARTÍCULO 361. PROHIBICIÓN DE PRUEBAS DE OFICIO. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

<sup>42</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos y GARCÍA SIERRA, Alfonso. De la prueba judicial. Medellín: Señal Editora, 1998. p. 197.

<sup>43</sup> *Ibíd.* p. 198. Respecto de la crítica de este criterio, se hacen eco los profesores Betancur Jaramillo, Carlos y García Sierra, Alfonso, manifestando que “...no es cierto que el actor debe probar todos los hechos, positivos o negativos, que sirven de base a sus pretensiones, porque esto equivaldría a exigirle también la prueba de la ausencia de hechos extintivos o impeditivos, toda vez que la decisión del juez debe tener en cuenta no solo los hechos constitutivos, sino la ausencia de los que puedan impedir su nacimiento (...) Por lo demás, existen otros hechos que sirven de fundamento a las pretensiones del actor y en cambio no requieren prueba (,) como los hechos presumidos, notorios o de naturaleza indefinida. En estos casos (,) tócale al demandado informarlos probando lo contrario (...) (Finalmente,) no es cierto que el demandado tenga que probar siempre los hechos de su excepción. Puede ocurrir que esta resulte de los hechos mismos afirmados por el demandante o de las pruebas que aporte para demostrar los fundamentos de su pretensión...”.

*distribución de la carga de las partes al objeto de la prueba, según sea una afirmación o una negación...*<sup>44</sup> y constituye una tesis de menor aceptación en la doctrina.

3. El demandante debe probar los hechos en que basa su pretensión. El demandado los que fundamentan su excepción: Es la tesis de Ricci, Alessandri y Josserand, entre otros, *según la cual “...‘quienquiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o negación de un hecho está obligado a suministrar la prueba de la existencia o no existencia del hecho, toda vez que sin esa demostración (,) la demanda y la excepción no resultan fundadas (,) y el juez no puede admitir extremos infundados...*<sup>45</sup>.
4. Teoría de lo normal y anormal: Señalan los autores en cita que, “[s]egún esta teoría (,) debe probarse lo anormal (,) porque la normalidad se presume. En otros términos, en general, no existe la necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas. O también, el que como actor o demandado adelanta una proposición contraria a lo aparente, debe probarla...”<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> *Ibíd.* p. 198. En comentario a esta tesis, los mismos autores señalan que “[l]a negación y la afirmación, la mayoría de las veces no son más que simple modalidad de redacción, y que casi siempre las negaciones son fáciles de probar (,) porque ellas llevan implícito el hecho negativo contrario (,) que sí es factible de establecer. Quedan por fuera, ..., aquellas de naturaleza indefinida, sean afirmativas o negativas (...). Por consiguiente, es la naturaleza del hecho (,) y no su afirmación o negación (,) lo que determina si debe exigirse su prueba...”.

<sup>45</sup> *Ibíd.* p. 199.

<sup>46</sup> *Ibíd.* p. 199 a 200. En crítica a esta postura teórica, los autores en cita señalan que “[e]s tesis subjetiva y caprichosa (,) que depende del criterio que cada cual tenga sobre lo que se entiende por normal o no. Es un principio que varía según la ideología de cada uno, en cada época y país. Sirve en algunas oportunidades, por ejemplo: Se impone así la carga a quien reivindica, lo normal es que el dueño sea el poseedor; a quien imputa obligación a otro, lo normal es que este esté libre de obligación; a quien impugna una paternidad, lo normal es que el hijo tenga por padre al que figura como cónyuge de su madre...”.

5. Teoría de la naturaleza constitutiva o extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos: Los doctores Betancur Jaramillo y García Sierra reconocen que constituye un avance respecto de las anteriores, en cuanto *“no se limita a contemplar la situación de las partes ni la forma como se presentan los hechos (afirmativos o negativos) (,) (sino) que explica cuáles, entre los presentados en la demanda o en las excepciones, debe probar cada parte que los haya afirmado o negado”*<sup>47</sup>.
6. Cada parte debe probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable: Es la tesis respaldada por la doctrina moderna, seguida, en particular, por ROSENBERG, GUASP, MICHELI, SILVA MELERO, DE LA PLAZA, CARNELUTTI, COUTURE y DEVIS ECHANDÍA, entre otros, consagrada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. Como lo señalan los doctores CARLOS BETANCUR JARAMILLO y ALFONSO GARCÍA SIERRA, *“[e]n esta concepción se considera la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte, es decir, con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación y de tal premisa se deduce la regla general: Quien resulta favorecido por esa norma, porque consagra el fin jurídico que persigue, soporta la carga de probarlo...”*<sup>48</sup>.

Concluyen la presentación los autores en cita, puntualizando que, *“[v]istos los distintos criterios (,) que no pueden desecharse de plano (,) porque cada uno de los propuestos ha aportado soluciones importantes en esta determinación (,) debe aceptarse que la regla general a este respecto debe contemplar no solo la*

---

<sup>47</sup> Ibíd. p. 201. En explicación de esta teoría, los autores en cita manifiestan que, ***“[a]sí, en esta teoría los hechos constitutivos deben ser acreditados por el actor; los extintivos, modificativos e impeditivos por el demandado. En efecto, los primeros los alega el actor (,) porque crean o generan un derecho a su favor; como su nombre lo indica (,) ‘constituyen’ o construyen su derecho; él debe probarlos. El demandado, a su turno, puede estar en el caso de afirmar hechos que vienen a modificar los del actor o a extinguir sus efectos jurídicos (,) o a ser un impedimento cuando menos dilatorio para la exigencia de los efectos...”*** (Negrilla fuera de texto).

<sup>48</sup> Ibíd. p. 202 a 203.

*posición de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, sino también el efecto jurídico perseguido con esta en relación con la norma jurídica que debe aplicarse...*<sup>49</sup>.

Sin embargo, como ya se mencionó y se explicará más adelante, la Ley 906 de 2004 ya sentó un criterio de distribución de la carga de la prueba en los procesos penales, en su artículo 7º - incisos 2º y 3º -, al establecer, con fundamento en lo consagrado en el artículo 250 de la Constitución Política de 1991 - conforme fuera reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002 -, que *“corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal...(.) En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”*<sup>50</sup> (Negrilla fuera de texto).

Una forma particular, precisamente, de entender el tema de la *“carga dinámica de la prueba”*, es como un criterio de distribución de la carga procesal de probar. Sobre este específico punto, el profesor JAIRO PARRA QUIJANO recuerda que la teoría de la *“carga dinámica de la prueba”*, *“cargas dinámicas”* o *“dinamismo de la prueba”* fue introducida en la jurisprudencia colombiana con la sentencia de julio 30 de 1992 de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>51</sup>, en la cual, entre otras cosas, se señaló que *“podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, ..., es más fácil y práctico <sic>, de haber actuado con (la) eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos (,) que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento...’ (Las negrillas son nuestras)”*<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> *Ibíd.* p. 197 a 203.

<sup>50</sup> *Ibíd.* p. 197 a 203.

<sup>51</sup> CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 30 de julio de 1992. Exp. 6897. M.P. Daniel Suárez Hernández.

<sup>52</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, *Op. Cit.* p. 220. En atención a su valor histórico, cita a continuación el profesor PARRA QUIJANO la sentencia (de la cual no aporta su fecha) de la misma Sección

---

Tercera del Consejo de Estado (Exp. 15772), en la cual se deja testimonio de la recepción y utilización por el Consejo de estado de la “teoría de la carga dinámica de la prueba”, resaltándose, entre otras cosas, lo siguiente:

“[U]n primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y (,) por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

“En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico...Así, en sentencia de 24 de octubre de 1990, expediente No. 5.902, se empezó a introducir el principio de la presunción de la falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y (,) en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

“La presunción de falla del servicio médico...fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, **pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su ‘conocimiento técnico y real (,) por cuanto ejecutaron la respectiva conducta’, lo cual les permite satisfacer las inquietudes y los cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.**

“Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no podía ser aplicada de manera general (,) sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaban en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia (...) Dijo la Sala: (...) ‘No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. **Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio** (...) Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades que las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, solo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia...

“Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria (...) ..., de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica o de la distribución de las cargas probatorias (,) de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se debe echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados...

**El volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general, no debe llamar a desaliento y considerarse como una actitud retrograda. Si se observan los casos concretos, se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones en la generalidad, sino en todos los casos, ha estado fundado**

Para explicar los fundamentos de la “*teoría de la carga dinámica de la prueba*”, cita el doctor PARRA QUIJANO una sentencia sobre la prueba de la simulación, de junio 11 de 1991 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>53</sup>, según la cual,

Dado el sigilo en que están empecinados, procurarán que la luz no invada lo secreto, no dejar huella de su intención, abocando a los terceros a una prueba de difícil obtención, ‘con tintes de proeza’, no debiera ser una realidad frente al texto constitucional, sin embargo lo es; por ello (,) en este tema de la simulación y otros...hay que hablar de ‘qué hecho le queda más fácil probar a determinada parte’, para que ella desahogue la ‘carga’ y haga posible que el derecho a la prueba de la otra parte no sea retórica, sino realidad. **Exigir ‘proezas’, para que una parte consiga la prueba, es negarle el derecho a la prueba (...)** El derecho a la prueba significa mucha veces que a pesar de que a una parte interese (incumbe) probar un determinado hecho, la carga de demostrarlo debe soportarla la otra, ‘por resultarle más fácil desahogarla’... (Negrilla fuera de texto)<sup>54</sup>.

Adicionalmente, señala el profesor PARRA QUIJANO que “*la verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quién le queda más fácil probar un hecho determinado, para que ella la desahogue*”<sup>55</sup>.

---

**<sic> en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron daños a los pacientes’** (C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio)” (Negrilla fuera de texto.

<sup>53</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 11 de junio de 1991. M.P. Rafael Romero Sierra.

<sup>54</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. pp. 225 y s. Lo subrayado no corresponde al texto original

<sup>55</sup> Ibíd. p. 226. Constituyen ejemplos de aplicación de este criterio de distribución de las cargas probatorias, los siguientes pronunciamientos judiciales:

**Consejo de Estado: Sentencia de mayo 20 de 2001. Expediente 12338. M.P. Dr. Alier E. Hernández Hernández:** “La Sala considera necesario precisar lo siguiente: El principio de la carga dinámica de la prueba y la falla presunta del servicio no son conceptos asimilables. El principio de la carga dinámica de la prueba se presenta como una excepción a la regla general según la cual quien alega prueba; la excepción que este principio consagra consiste precisamente en que el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado. Este principio se plantea como una solución para aquellos casos en que el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento de aspectos técnicos o científicos muy puntuales (,) que solo una de las partes tiene el privilegio de manejar. En síntesis, la aplicación del principio de la carga dinámica está condicionada al criterio del juez y supone la inversión de la carga de la prueba para un caso concreto...”.

Es, entonces, la “*teoría de la carga dinámica de la prueba*”, “*de las cargas dinámicas*” o “*del dinamismo probatorio*”, hasta ahora en el derecho colombiano, una construcción jurisprudencial, que, para hacer efectivo el imperativo de justicia en el proceso, así como con criterios de solidaridad e igualdad, pretende depositar la carga de probar no sobre aquel a quien interesen las resultas del esfuerzo probatorio - como sucede en el sistema probatorio clásico liberal -, sino a quien esté en mejores condiciones de probar; sin embargo, no se tiene conocimiento de su estipulación expresa en código procesal alguno hasta la fecha en el país. Al contrario, lo que existe es la consagración del criterio tradicional y clásico, como ocurre con el artículo 177 del Estatuto Procesal Civil y la carga de la prueba de la responsabilidad del imputado en cabeza del órgano de persecución penal, que, en ningún caso, podrá invertirse, en el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, para los procesos penales.

En el ámbito internacional, Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini<sup>56</sup>, citados por Julián A. De Diego<sup>57</sup>, al referirse a la “carga dinámica de la prueba”, señalan que

---

**Corte Suprema de Justicia: Sentencia de tutela de mayo 4 de 1999. Exp. 6206. M.P. Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ:** “Secundariza los derechos fundamentales y excluye criterios de dinámica probatoria (,) que abogan por un delicado equilibrio de la carga (,) habida consideración de la posibilidad y facilidad probatoria”.

**En la jurisprudencia española (citada por JUAN MONTERO, AROCA,** Derecho jurisdiccional. Proceso Civil. Tomo II, Barcelona, Librería Bosch, 1989, p. 221): “Cuando una gran empresa tiene un sistema centralizado en ordenador de todas las operaciones y es demandada por un pequeño suministrador, cuyo único documento y prueba es un albarán (,) que dice firmado por un expleado de aquella que se encuentra ilocalizable, si aplicáramos los criterios anteriores y la gran empresa se hubiera limitado a negar la recepción de la mercancía, tendríamos que llegar normalmente a la absolución de la demandada por falta de pruebas. El criterio de la facilidad supondría, en este caso, que sería muy sencillo para la demandada no limitarse a negar y adoptar una actitud procesal negativa, sino actuar positivamente (,) presentando la ‘sabana’ diaria del ordenador para acreditar que en aquel día no se realizó esa operación. **Si para la empresa demandada es más fácil que la del demandante realizar contraprueba, a ella debe incumbir la carga**” (La negrilla no corresponde al texto original).

<sup>56</sup> PEYRANO, Jorge W. Y CHIAPPINI, Julio O. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas en Cargas Probatorias Dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. pp. 19 y ss.

<sup>57</sup> DE DIEGO, Julián A. La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria. En: La Ley: Revista Argentina de Derecho, 2011. p. 4.

“[e]ste recurso de excepción insta a quien está en mejor posición y condiciones técnicas profesionales o fácticas para aportar pruebas (,) que lo haga y que las produzca, aun cuando dicha parte no sea la que debe incoar el *onus probandi*, en el marco de lo que podría denominarse ‘buena fe procesal’ y en procura de la verdad real en el caso bajo análisis”<sup>58</sup>.

O, como lo definen Jorge W. Pierano e Inés Lépori White<sup>59</sup> - citado por el mismo autor,

La formulación de la misma es sencilla: sobre la adecuada ponderación de las circunstancias del caso y, en forma excepcional, las cargas probatorias deben desplazarse de actor a demandado, o viceversa, según correspondiere, y ello en función de cuál de las partes se encontrare en mejores condiciones (técnicas, profesionales o fácticas) de suministrar la prueba, con absoluta independencia de su posición en el proceso y de la naturaleza de los hechos que aleguen<sup>60</sup>.

Se enfatiza en que el carácter de “dinámico” obedece, además, a que la distribución de la carga probatoria no está determinada apriorísticamente por la ley, sino que depende del criterio del juez en cada caso.

---

<sup>58</sup> PÉREZ RESTREPO, Juliana. La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica –decaimiento de su aplicabilidad. Medellín: Universidad de Antioquia, 2007. p. 7. Sostiene que “*la carga dinámica de la prueba es una tesis que surge como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en Argentina, y de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por PEYRANO, quien en su obra ‘Cargas Probatorias Dinámicas’, la que comparte con otros autores, elabora toda una sistematización al respecto (...) Esta tesis sustenta que ‘más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla’.* (PEYRANO, Jorge Walter, et al. Cargas Probatorias Dinámicas. Op. Cit., Pág. 60). De la misma forma, en la obra de PEYRANO se sostiene: ‘Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad’...” PEYRANO, Jorge W. Y CHIAPPINI, Julio O. Op. Cit. p. 60.

<sup>59</sup> PEYRANO, Jorge W. y LÉPORI WHITE, Inés, Cargas probatorias dinámicas dentro del Ateneo de Estudios de Proceso Civil. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008. pp. 20 y ss.

<sup>60</sup> DE DIEGO, Julián A. Op. Cit. pp. 11 y ss.

A guisa de crítica, el citado autor expresa que *“la carga dinámica de la prueba alcanza fronteras riesgosas para el derecho de defensa en juicio y puede generar la ironía de tener que demostrar hechos a través de la ‘prueba negativa’, que trastoca bases centrales del ordenamiento procesal, que procuran garantizar dicho derecho de defensa con el fin de obtener el preciado valor de la justicia”*<sup>61</sup>. Si esto es válido respecto del derecho procesal laboral, objeto de comentario por el autor, mucho más lo será en un terreno procesal como el penal, donde resultan tan caros principios como el de *“in dubio pro reo”* y la presunción de inocencia.

En la misma línea crítica, menciona el autor en cita que

Esta determinación de hecho en un marco como el puntualizado importa una creación pretoriana, que puede conformar una violación del derecho de defensa, si es que no se cuenta con la prevención de quien no tiene la carga probatoria. **En otros términos, las falencias de quién detenta el onus probandi no pueden reclamarse a quien no le imponen las normas procesales o de fondo, la exigencia de que debe oponer medios que refuten la postura del reclamante.** No sólo es y debe ser así, porque quien ejerce su defensa no está obligado a declarar contra sí mismo ni a suplir las falencias de la contraparte, sino que, además, en los casos como los relativos a la violación de los derechos que conforman el plexo igualitario es también muy subjetiva la interpretación que se puede brindar o conceder a los actos de las partes, en un contexto en donde permanentemente se opera entre el conflicto y el acuerdo (Negrilla fuera de texto)<sup>62</sup>.

A su vez, J. W. Peyrano e I. Lépori White <sup>63</sup>, señalan que *“[e]l instituto de la carga dinámica de la prueba significa en esencia que el onus probandi recae en aquel sujeto procesal que esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de aportar la prueba pertinente para demostrar su afirmación, sin consideración de su posición de demandante o demandado”*, agregando que

---

<sup>61</sup> Ibíd. p. 7.

<sup>62</sup> Ibíd. p. 12.

<sup>63</sup> PEYRANO, J. W. (director) & LÉPORI WHITE, I. (coordinadora). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2004. p. 518.

Esta institución,..., traduce que quien esté en mejores condiciones de aportar una prueba debe hacerlo, así en principio ello no le corresponda. Es en tal situación donde se produce un desplazamiento del *onus probandi*, atendiendo a [...] una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio o a su contraparte. Es decir, que en virtud del rol que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que 'dispone' de la prueba...<sup>64</sup>.

Cuatro (4) características señalan la doctrina internacional a este instituto. En primer lugar, el movimiento indicado en el deber de probar es fruto del principio de colaboración y solidaridad entre las partes, como lo señalan J. W. Peyrano e I. Lépori White<sup>65</sup>, *"dado que la actividad de los sujetos procesales va encaminada a la corroboración de las afirmaciones hechas por ambas mediante el ejercicio de la función jurisdiccional"*. Lo anterior se justifica porque muchas veces se construye el debate litigioso sobre *"...las bases de una presunción con los escasos indicios que existen, que siempre existen"*<sup>66</sup>.

Una segunda característica consiste en que su aplicación es excepcional, de tal manera que solo tendrá cabida el traspaso de probar de una parte a la otra, cuando las reglas generales de la carga probatoria sean perjudiciales al aplicárseles a eventos igualmente excepcionales, *"pues tales normas solo operan para supuestos normales y corrientes"*<sup>67</sup>. Igualmente, la doctrina de la carga probatoria dinámica y los efectos que ella pueda generar dentro del proceso, dependen más de la valoración que haga el juez frente al comportamiento de las partes en el debate probatorio, que del aporte de la prueba realizada por éstas, pues en uno u otro caso, el juzgador debe decidir ateniéndose a lo introducido por el actor y el resistente: *"En rigor, más que atribuirle la carga probatoria, se le endilgan las consecuencias de la omisión probatoria. A nadie escapa que las*

---

<sup>64</sup> *Ibíd.* p. 520.

<sup>65</sup> *Ibíd.* p. 522.

<sup>66</sup> ACERO, Luis G., BERMÚDEZ MUÑOZ, M., y BUITRAGO, A.M. et al. Memorias del 30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2009. p. 103.

<sup>67</sup> PEYRANO, J. W. y LÉPORI WHITE, I. Op. Cit. p. 524.

*reglas de distribución de la carga de la prueba solo tienen importancia cuando, precisamente, no hay prueba*<sup>68</sup>.

Como última nota esencial de la institución comentada, la aplicación de la misma depende de cada caso en concreto. No es posible elaborar un derrotero rígido que permita saber cuándo debe hacerse un traslado o aligeramiento en la carga de la prueba, *“ya que ello traería las mismas consecuencias nocivas que la aplicación de las reglas generales sobre las cargas probatorias acarrearía”*<sup>69</sup>.

Adicionalmente y en el terreno de la crítica, Adolfo Alvarado Velloso menciona que la ausencia del “principio de la carga de la prueba” o “de verificación”, y “del

---

<sup>68</sup> *Ibíd.* p. 527.

<sup>69</sup> *Ibíd.* p. 530. Sobre el mismo punto, PEYRANO, Jorge La carga de la prueba como norma de clausura del sistema. *En*: Revista electrónica de derecho procesal, vol. 2, num. 3, Río de Janeiro, marzo de 2012, pp. 12 y s., señala: “A la luz de estas declaraciones proferidas en excelsos ámbitos científicos de reflexión, podemos considerar que los caracteres que identifican a la teoría de las cargas probatorias dinámicas son los siguientes:

“a) configuran una especie dentro del género ‘desplazamiento de las cargas probatorias’ (que, por supuesto, incluye otras conocidas figuras).

“b) reconocen la vigencia de las normas generales clásicas (rígidas) sobre distribución del onus probando como ‘principio general’ y, expresamente, asumen que solo corresponde acudir a ellas de manera ‘excepcional’ frente a la situación en que la aplicación de aquellas normas legales (típicas o rígidas) sobre la distribución de la carga de la prueba, arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.

“c) en el caso excepcional en que se estime su aplicación (reitero, subsidiaria de las normas rígidas o típicas que arrojan un resultado manifiestamente disvalioso), importan un desplazamiento del onus probandi conforme a las especiales circunstancias del caso.

“d) el elenco de las mismas es amplio y variado, y es por eso que, ...entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella – por ser la más difundida, usada y hasta aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación - consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

“e) modernamente, justifican la adjudicación dinámica aludida, la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios en que se encuentre la parte a la que originariamente - y según las reglas típicas, rígidas o legales - no le correspondía la carga subjetiva de la prueba.

“f) además de ser norma legislativa expresa en muchos lugares del país y del mundo, para el caso de que los ordenamientos jurídico-procesales no la contemplen, igualmente son aplicables (siempre excepcionalmente) pues –al menos en Argentina - constituyen ‘doctrina recibida’ (esto es, son fuente de derecho).

“g) son aplicables ‘de oficio’ (lo que no obsta a que las partes ‘insten’ o argumenten en su favor), más allá de que se discuta el momento en que corresponde hacerlo.

“h) su ideario ha permitido una vasta expansión a todas las ramas del derecho y, así, se comprueba su aplicación jurisprudencial por innumerables tribunales de todas las instancias en nuestras tierras y en el resto de las naciones latinoamericanas y europeas”.

contradictorio”, “de la defensa” o “de refutación”, merced a la introducción de la “teoría de la carga dinámica de la prueba” en el proceso penal,

Entorpece, e inclusive puede llegar a hacer nulo el genuino rol que como defensor debe ejecutar este togado, pues se le exige el absurdo de demostrar la inocencia de su prohijado, atacando afirmaciones o negaciones indeterminadas no susceptibles de ser probadas ni controvertidas, cuando ello es una garantía constitucional y procesal no susceptible de excepción y que hace parte del *jus cogens* en materia de derechos humanos consagrados en tratados internacionales y en las Reglas de Mallorca, ya que lo que debe aplicarse sin dubitación es la regla del *non liqueat*, y abstenerse de dictar sentencia<sup>70</sup>.

Agrega el maestro argentino que la situación descrita

Impide el adecuado desarrollo del juicio y el contradictorio, pues estos principios no pueden desenvolverse adecuadamente al interior del juzgamiento, ante la falta recíproca de ambos. Y en virtud de la interdependencia de cada uno de estos axiomas del sistema, el juicio es apenas un acto simbólico y vacío, ante la ausencia de afirmaciones concretas con vocación condenatoria del Ministerio Público, pues el desplazamiento de su obligación de probar hacia la defensa, es una muestra de la imposibilidad de satisfacer el estándar probatorio de la acusación, a saber, probabilidad de verdad de que la conducta existió y que el acusado es su autor o partícipe, siendo lo acertado desde el punto de vista de las garantías constitucionales y procesales afirmar que quien debió confirmar su afirmación y no lo hizo, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto<sup>71</sup>.

En el mismo orden de ideas, este inquietante instituto de la carga dinámica probatoria, torna el sistema garantista en un sistema autoritario de juicio penal, ante la injustificada y arbitraria extracción de dos de sus axiomas centrales. Tal degenerado modelo es un sistema carente de defensa y prueba, o de mera legalidad, puesto que, como lo sostiene Luigi Ferrajoli, “...*acusación y defensa son solo argumentables (,) pero no también verificables y refutables, estas mismas garantías están presentes solo en sentido lato, habida cuenta de que tales*

---

<sup>70</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 26.

<sup>71</sup> *Ibíd.* p. 28.

*prebendas están solo consagradas formalmente, pero el sistema no ofrece reales alternativas para hacerlas efectivas durante el juicio*<sup>72</sup>.

Así, buena parte de la doctrina foránea, de este y del otro lado del Atlántico, sostiene como evidente la inconveniencia de la aplicación de la teoría de la carga dinámica probatoria en sede del proceso penal. Lo anterior está justificado en que las garantías constitucionales de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo* presentes en éste, zanján cualquier discusión en torno a las deficiencias probatorias que se presenten dentro de la actuación penal. En concreto, Peyrano y Lépori sostienen que

Si en el *iter processus* se evidencia la falta de pruebas..., rige precisamente allí el principio *in dubio pro reo* como criterio de solución del caso. El mismo determina que la sentencia de condena tenga como presupuesto la expresión de certeza acerca de todas y cada una de las condiciones para reprochar un hecho punible a una persona determinada; a contrario, fija el criterio que permite dar solución cierta [...] a todos los casos de incerteza; ante cualquier otro grado de conocimiento sobre la imputación que no sea la certeza, corresponde absolver<sup>73</sup>.

En idéntico sentido, Alvarado Velloso afirma que, “*en definitiva: la ley - y solo la ley, nunca la jurisprudencia - es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria (,) a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen (en) la sentencia, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del onus probandi a discreción...*”<sup>74</sup>. El mismo Peyrano sostiene que la presunción de inocencia es al proceso penal lo que la carga de la prueba al civil, a saber, una “*norma de clausura*”<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. pp. 79 y ss.

<sup>73</sup> PEYRANO, J. W. y LÉPORI WHITE, I. Op. Cit. p. 526.

<sup>74</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op. Cit. p. 50.

<sup>75</sup> PEYRANO, Jorge. Op. Cit. p. 6.

En desarrollo de su propia teoría y en términos de Peyrano, citado por Abraham Luis Vargas<sup>76</sup>,

‘Mayor facilidad probatoria’ y ‘disponibilidad de los medios probatorios’ son, pues y a nuestro entender, las razones de ser últimas que fundamentan el grueso de las soluciones vigentes que dominan la distribución del *onus probandi*. Y decimos ‘el grueso’ porque todo lo vinculado con el *onus probandi* reconoce excepciones, como se ocupa de destacarlo la doctrina autoral. Para concluir, algunas aclaraciones. No pretendemos con lo anterior proponer a los conceptos referidos como núcleo central de la distribución del *onus probandi*. Nuestro propósito es mucho más modesto: procuramos desentrañar cuáles son – en líneas generales - los motivos que funcionan como ‘premisa inarticulada’ y no totalmente percibida, de los mecanismos vigentes de reparto de los esfuerzos probatorios. Tampoco pretendemos exaltar las bondades de un mecanismo en particular, ni denostar las prendas de algún otro. De igual modo, no hemos querido defender la exactitud irrestricta de la regla áurea ‘quien afirma, prueba’ puesto que, v. gr., si quien afirma disfruta en su favor una presunción legal, no debe probar. En realidad – insistimos en ello - nos hemos circunscripto a intentar revelar las razones de ser últimas de las construcciones jurídicas más aceptadas y usadas en la materia, y nada más. Sucede que en la actualidad, novedades legislativas y doctrinarias han sacado del cono de sombras donde se encontraba al concepto de ‘mayor facilidad probatoria’, transformándolo - eso sí, de manera excepcional - en una nueva pauta distributiva del *onus probandi*. El fenómeno es interesante y elogiado porque flexibiliza la rigidez que estaba dominando el sector de la valoración de la prueba, aportando una visión más ceñida a las circunstancias del caso. Pero dicha aparición no puede hacer perder de vista que resulta inconveniente edificar una construcción tan delicada como la distribución del *onus probandi* sobre conceptos un tanto subjetivos y con una abundante dosis de discrecionalidad. Los aceptamos como válvula de escape del sistema, y así lo han regulado las legislaciones locales que como la correntina y la pampeana se han decidido a incorporar a la ‘carga probatoria dinámica’ como pauta excepcional de asignación del *onus probandi*. Como ya hemos expresado, dicha doctrina gira sobre el concepto de ‘mayor facilidad probatoria’<sup>77</sup>.

El mismo Abraham Luis Vargas, agrega que

---

<sup>76</sup> VARGAS, Abraham Luis. Cargas probatorias dinámicas, sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos en *Activismo y Garantismo Procesal*. Córdoba-Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. pp. 24 y ss.

<sup>77</sup> PEYRANO, Jorge W. Carga de la Prueba: Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios, su exposición en las Segundas Jornadas de Profesores orientada al análisis crítico y al debate en Homenaje al Prof. Oscar Martínez, La Plata 29 y 30 de septiembre de 2006.

En particular y en lo que interesa a la 'prueba', bien dice Taruffo que 'a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte 'débil' (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la 'verdad' sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante. Estas razones están en la base de una tendencia general existente en casi todos los sistemas procesales, en el sentido de proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal, mucho más allá de la prueba presentada por las partes. Actualmente, casi todos los sistemas procesales han cambiado del sistema tradicional adversarial, con un tribunal pasivo que confía exclusivamente en la producción de prueba por las partes, a un modelo en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de los hechos del caso. Consecuentemente, los tribunales son investidos con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel' (TARUFFO, Michele; "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", en Revista de Derecho (Valdivia), V. 15, Nº 12, diciembre 2003, págs. 205-213). Desde esa perspectiva, y sin perjuicio de la concesión de *poderes de gestión probatoria* al juez de la causa - como lo prevén 'todos los modernos sistemas procedimentales (incluyendo el Inglés después de 1999 y el de Estados Unidos, pero también el de Alemania, el de Francia y el de España, el de Italia y el de China)' (TARUFFO, Michele; "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", en Revista de Derecho (Valdivia), V. 15, Nº 12, diciembre 2003, págs. 205-213) -, la *flexibilización* de las *reglas rígidas* de distribución de la carga de la prueba se impone como una solución *necesaria* y hasta *indispensable* para '*equilibrar por compensación*' (COUTURE, Eduardo J.; "Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo", en "Estudios de Derecho Procesal Civil", ed. Depalma, Buenos Aires 1978, Tomo I, pág. 288) la desigualdad manifiesta que pueda existir entre las partes, desde el momento en que una de ellas (la no gravada con el onus probandi) tenga una mayor facilidad o disponibilidad probatoria como para allegar al proceso - a través de un medio de prueba - la fuente respectiva<sup>78</sup>.

Representa un ejemplo en el derecho comparado sobre la forma de aplicar los diversos "*criterios sobre la distribución de las cargas probatorias*", el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, conforme al cual:

---

<sup>78</sup> VARGAS, Abraham Luis. Op. Cit. p. 44.

**CARGA DE LA PRUEBA:** (...) 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor y del reconvigente, o las del demandado o reconvenido, **según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones** (...) 2. Corresponde al actor y al demandado reconvigente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención (...) 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extinguen o enerven la eficacia de los hechos a que se refiere el apartado anterior (...) 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente (...) 5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes (...) 6. **Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio** (Negrilla fuera de texto).

En cuanto a la realización de la justicia como fin del proceso en la ley 906 se imponen deberes a la Fiscalía, al Ministerio público y a los Jueces. En este sentido, se dispone que la fiscalía general adecuara su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución y de la ley (artículo 115) y respetando las directrices generales del Fiscal General de la Nación (artículo 142.1); que el ministerio público tiene la función de procurar que las decisiones judiciales cumplan el cometido de lograr la justicia y el deber de velar porque no se afecte el principio de justicia en la aplicación del principio de oportunidad (artículo 111.1.c y 111.2.d, respectivamente) y, finalmente que en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientaran por el imperativo de establecer con objetividad la justicia (artículo 5º).

Lo expuesto no quiere decir que otros intervinientes en el proceso penal no se hallen vinculados por la justicia como fin del proceso, pues respecto de la víctima,

tal es un derecho que le debe ser reconocido y, respecto del imputado, es claro que ello se manifiesta en el deber que le asiste de actuar con lealtad y buena fe absteniéndose de alegar hechos contrarios a la realidad.

En las condiciones expuestas el fin constitucional del proceso relacionado con la realización de la justicia también ha sido asimilado por el legislador procesal penal y por ello, a partir de él, se imponen deberes a las distintos sujetos procesales, prioritariamente a aquellos a los que les asiste la calidad de servidores públicos, sin que ello quiera significar que tal deber no les asista a las demás personas que intervienen en el<sup>79</sup>.

Así las cosas para concluir este aparte del trabajo se comparten el criterio del Doctor José Joaquín Urbano Martínez, la aproximación razonable a la verdad, la realización de la justicia, el respeto de los derechos de los intervinientes y la materialización justificada de las normas sustanciales, son fines constitucionales del proceso. En este contexto, la verdad es un fin constitucional del proceso penal y un derecho de las víctimas de las conductas punibles.

No obstante lo expuesto, existe una tendencia a desvirtuar la aproximación a la verdad como finalidad de las pruebas penales pues un importante sector de la doctrina estima que ello plantea problemas epistemológicos indescifrables y que desconoce la viabilidad de la decisión judicial aun sin acreditación de la verdad. De allí que ese lugar deba ser ocupado por la convicción judicial.

Con todo existen razones de peso para dudar de las bondades de la convicción judicial como finalidad de las pruebas penales. Ello es así porque los jueces pueden convencerse de Las afirmaciones hechas por las partes en el proceso, sin importar que esas afirmaciones remitan a hechos no acaecidos o a responsabilidades inexistentes. De esta forma, los jueces pueden dictar

---

<sup>79</sup> URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Op. Cit. p. 177.

sentencias condenatorias contra personas inexistentes o, a la inversa dejar en la impunidad, con todo el contenido de injusticia que ello comporta, conductas punibles si desplegadas y lesivas de derechos de terceros.

De este modo hay mucho de cierto en cuanto a que el proceso penal debe renunciar a un concepto absoluto de verdad. Con todo, también debe renunciarse a una verdad construida por las partes sin vínculos razonables con los hechos acaecidos. Por ello, una postura equilibrada debe reconocer que la práctica probatoria, si bien debe orientarse a la formación de la convicción judicial, debe mantener un vínculo razonable con los hechos, pues solo de esa manera el proceso penal puede cumplir sus fines constitucionales y no defraudar las legítimas expectativas alentadas por la sociedad respecto de sus administradores de justicia.

Desde luego, el riesgo del error judicial seguirá existiendo. No obstante, será limitado por un sistema procesal que, lejos de concebir la justicia como un espectáculo con ganadores, perdedores y arbitrario

### **3.2.2. La “presunción de inocencia”, el “in dubio pro reo” y la carga de la prueba en el proceso penal de la ley 906 de 2004**

El artículo 7º de la Ley 906 de 2004 consagra los principios de “presunción de inocencia” e “in dubio pro reo”, conforme a los cuales:

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 (Negrilla fuera de texto)<sup>80</sup>.

La misma norma, por su parte, define la presunción de inocencia como “*aquella por medio de la cual **se ordena** tener a toda persona como inocente, hasta que no se acredite el hecho punible (conducta punible) y la responsabilidad (,) mediante un proceso celebrado con todas las garantías...*” (Negrilla fuera de Texto).

Esta institución tiene tres significados:

- a) Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.
- b) Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculcado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso, fundamentando en este sentido la excepcionalidad de la prisión preventiva.
- c) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Los tres significados son plenamente aplicables a la interpretación de los alcances de dicho Derecho. Es claro que el ámbito probatorio es el más amplio, pero a ello no escapa toda la dinámica de la coerción procesal y la concepción y regulación integral del procedimiento, bajo unos supuestos sustancialmente liberales.

---

<sup>80</sup> La negrilla no corresponde al texto original. Esta norma guarda concordancia con el artículo 381, ibídem, que establece que “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio...”.

De otra parte, señala Parra Quijano que la “presunción de inocencia” tiene dos momentos. Uno, que él llama “estático”, conforme al cual el hombre se experimenta a sí mismo, necesita experimentarse y demanda ser tratado como tal por las otras personas, *“como inocente. Merece ser tratado como hombre sin mácula. Parte del talante y ‘autoestima’ del hombre se finca en la creencia de ser mirado en esa forma...”*<sup>81</sup> . En este sentido, “la presunción de inocencia no solamente es una regla de juicio, es un derecho fundamental (artículo 29 de la Constitución Política de Colombia)...”<sup>82</sup> .

Respecto del denominado momento “dinámico”, dentro del proceso penal, la “presunción de inocencia” adquiere tonalidad y se constituye en “regla de juicio”, derivándose para el encartado algunos derechos, como

presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; asistencia letrada; no ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 33); que se aplique el artículo 28 de la Constitución Política; con relación al recaudo de la prueba (,) se debe tener en cuenta el artículo 12 de la Constitución Política (...) Para desvirtuarla en forma definitiva y que (,) por tanto (,) se pueda dictar sentencia condenatoria, se requiere que exista prueba (externalizada) (,) que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado...<sup>83</sup> .

En este caso, precisa el profesor PARRA QUIJANO que “[e]l Código (de Procedimiento Penal, art. 232) se alinea en la certeza objetiva, es decir que se debe explicar el fundamento de la misma...”<sup>84</sup> .

Por último, sobre la forma cómo opera esta presunción en el actual derecho probatorio penal colombiano, Jairo Parra Quijano manifiesta que

...la presunción de inocencia también cumple funciones de una verdadera presunción en el derecho probatorio. Dentro de los conocimientos que se tienen (,) se puede decir..., está probado que la mayoría de los hombres no

---

<sup>81</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit.

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> *Ibíd.*

<sup>84</sup> *Ibíd.*

cometen delitos, luego hay un hecho probado (...) que...permite presumir la inocencia y ello indica que la carga de la prueba de la culpabilidad le corresponde (le incumbe) al Estado. Ello teniendo en cuenta la tendencia acusatoria que se ha venido residenciando en los nuevos códigos de procedimiento penal... (...)...La carga de la prueba de la responsabilidad le corresponde al Estado. Todo ser humano...se presume inocente y mientras ese patrimonio no sea desquiciado, la presunción sigue reinando. Esta presunción también (,) en el sentido estricto de la palabra (,) cumple la función de invertir la carga de la prueba... (...) Desde el punto de vista probatorio (,) la presunción de inocencia y el in dubio pro reo están relacionados: La una dice este hombre es 'inocente' y el otro 'hay duda' (,) luego es inocente (,) porque sale incólume la inocencia...<sup>85</sup>.

Esta norma exige que de frente a la “*teoría de las cargas dinámicas de las pruebas*”, “*el dinamismo de las pruebas*” o “*la prueba dinámica*” - como acaba de ser expuesta -, en el proceso penal de la Ley 906 de 2004, se imponga un ejercicio de ponderación entre los principios y derechos en juego, particularmente el principio de la “*presunción de inocencia*”. Sobre este punto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de mayo 13 de 2009<sup>86</sup>, manifestó que, “[i]ndudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos”<sup>87</sup>.

Se debe tener claro que este derecho implica que esta presunción no se pierde aun cuando exista sentencia condenatoria y la misma haya sido apelada, porque solo la firmeza de esa decisión rompe con el carácter que imprime este postulado; es por eso que las medidas de carácter preventivas que se pueden imponer a lo largo del proceso, y en especial la detención preventiva son excepcionales y solo se podrá acudir a ellas en caso de extrema necesidad<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Ibíd. pp. 256 y ss.

<sup>86</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicación No. 31147. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

<sup>87</sup> Ibíd.

<sup>88</sup> El artículo 295 CPP. Consagra: las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tiene carácter excepcional; solo podrán ser

En orden a precisar, de forma esquemática, el contenido y alcance de este principio-derecho, viene al caso referirse a la presentación realizada por el profesor Jairo Parra Quijano en su Manual de Derecho Probatorio. Allí se señala, entre otras cosas:

1. El artículo IX de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano consagra expresamente la presunción de inocencia; esa declaración, recuérdese, sella el movimiento de la Revolución Francesa, que, en opinión de PARRA QUIJANO, “*culmina el empuje iniciado con anterioridad y sobre todo enriquecido por los pensadores de La Ilustración*”<sup>89</sup>.
2. En la denominada Escuela Clásica del Derecho Penal, Giovanni Carmignani llama la atención sobre el hecho de que en la legislación punitiva debe tenerse más cuidado en “*la defensa de la inocencia que el castigo del delito*”<sup>90</sup>. Por su parte, Carrara amplía el concepto, al señalar que no importa solo castigar a los delincuentes, sino evitar que los inocentes sean castigados. Con Carrara, como lo pone de presente PARRA QUIJANO, “[*l*]a presunción de inocencia se convierte en un principio estructurador (,) que extiende su eficacia sobre el proceso penal en su conjunto...”<sup>91</sup>.

---

interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

<sup>89</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 235.

<sup>90</sup> CARMIGNANI, Giovanni. Elementos de derecho criminal. Bogotá: Temis, 1989. p. 20. Citado por PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 236.

<sup>91</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 236. Según Carrara, como lo señala Jairo Parra Quijano: “...para que se pueda hablar de haber sido desvirtuada la presunción de inocencia se requiere: (...) A) Leal, completa y oportuna intimación de los cargos. Es decir, mostrados los cargos de tal manera que la persona pueda orientar toda su actividad probatoria sin incertidumbre y sin recurrir a adivinanzas (...) B) Plenitud de prueba. Todo lo que se enrostra debe aparecer probado y no intuido, sospechado, etc. (...) c) Prudencia en la veracidad de los testigos. Es decir (,) un juicioso y aplicado estudio de los testimonios (...) D) Condiciones para que se pueda hablar de una confesión legal (...) Es crítico, imparcial en la apreciación de los indicios. El hecho (base) debe afectar al funcionario, hasta el punto (de) que el hecho mismo imponga, en forma natural, la regla de la experiencia, que permita desplazar la racionalidad de aquel (,) del hecho probado (base) al hecho mostrado (,) que es el que realmente interesa para la investigación. Si el funcionario, por torpeza o

A su vez, Ferri sostiene que la presunción de inocencia se incorpora al proceso como una garantía de contención al poder estatal desmedido de los regímenes inquisitoriales de la Edad Media y que al interior del proceso, puede sufrir una atenuación a medida que este avanza<sup>92</sup>. Finalmente, Manzini, si bien no desconoce el contenido e importancia de la “presunción de inocencia” dentro del proceso penal, manifiesta que el fin fundamental del proceso es la declaratoria de culpabilidad del inculpaado y con ello, la punibilidad del delito<sup>93</sup>.

---

*por mala fe, va al encuentro del hecho (base) a impregnarle subjetividades, le quitará o agregará colorido al indicio y reinará la subjetividad (parcialidad) en vez de la objetividad (imparcialidad), de tal manera que un indicio que es grave en su objetividad, será presentado como leve (por la subjetividad errónea o de mala fe) y viceversa...”*

<sup>92</sup> *Ibíd.* pp. 237 a 243. En relación con las tesis de Ferri sobre el tema, resalta el profesor Parra Quijano que “[l]a presunción de inocencia tiene una base positiva innegable: ‘Esta presunción derivada de la necesidad de considerar a todo ciudadano como honrado mientras no se pruebe lo contrario, goza por ello de una base positiva incontestable...No son más que una escasa minoría en comparación con el número total de gente honrada’ (...) La presunción debe ‘valer solo en lo que se refiere a la prueba material del hecho perseguido, para la responsabilidad física del procesado que niega ser el autor del acto incriminado’ y agrega ‘...pero cuando se trata de flagrante delito o de una confesión del procesado, confirmada por otros datos, esta presunción, que le es favorable, no me parece tener la misma fuerza lógica o jurídica. La presunción tiene todavía menos fuerza cuando el procesado no es un delincuente ocasional (,) que sucumbe por primera vez o el autor supuesto de un acto ilícito ocasional, quien hablando con más precisión entre los casos de delincuencia evolutiva, sino que es un reincidente, un delincuente de profesión, o bien el hecho en sí mismo, en sus motivos y circunstancias, revela un criminal nato o loco, y, para ser más preciso, el autor de una forma de criminalidad atávica’...”

<sup>93</sup> *Ibíd.* p. 242 a 243. En relación con las tesis de Manzini sobre la “presunción de inocencia”, señala el autor en cita, entre otras cosas, que “...‘El interés fundamental que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, es decir, el de hacer realizable la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable; no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculpaado’ (...) Afirma que como la declaración de certeza sobre la culpabilidad de una persona se debe hacer frente a un individuo reconocido como culpable, igualmente (,) esa declaración puede ser negativa, pero ello no siempre equivale a la declaración de certeza de la inculpabilidad del imputado...**De ello se sigue que el proceso penal queda doblemente caracterizado, como medio de tutela del interés social de represión de la delincuencia, y como medio de tutela del interés individual y social de libertad’...** (...) Considera un error afirmar que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia...(,) Con relación a la presunción de inocencia, afirma: ‘Si es erróneo,..., el criterio de que las normas procesales penales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia, más inexacta es aún la opinión de que en el procedimiento penal valga..., a favor del imputado, una presunción de inocencia, por la que ese mismo imputado deberá ser considerado como inocente (,) mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena’... (...) Afirma, finalmente, con relación a la presunción de inocencia: ‘...la indicada presunción de inocencia no es justificable siquiera ni aún como correlativa de la obligación de probar la acusación que incumbe al acusador, ya que de esta obligación no se sigue necesariamente que el imputado deba presumirse inocente, toda vez que la acusación misma está ya en parte probada por indicios, que determinarán la imputación, ya porque la prueba de la delincuencia puede adquirirse por iniciativa del juez, ya, en fin, porque normalmente ocurre que el imputado mismo trata de probar su propia inocencia (,) a fin

3. En relación con el tema de la “*presunción de inocencia según la Corte Suprema de Justicia*”, señala Jairo Parra Quijano que

en resumen (,) la Corte sostiene: (...) A) Es una garantía de (que) ‘**toda persona no se considera culpable mientras no se la declara judicialmente como tal a través de sentencia definitiva**’ (...) B) El planteamiento anterior no impide que en ciertos ‘**estadios del trámite procesal y de manera provisional (,) la inocencia se vea desvirtuada a partir de pruebas legalmente aportadas y suficientes (,) según sea la exigencia de la etapa por la cual atraviese el proceso**. Es lo que sucede con la imposición de medida de aseguramiento al procesado, con la formulación de acusación y con el proferimiento de la sentencia condenatoria antes de convertirse en definitiva’ (...) C) En el evento de la medida de aseguramiento y la resolución de acusación,..., es posible hablar de responsabilidad presunta del imputado y...: ‘No se trata, sin embargo, de la eliminación del principio en sí mismo considerado, ya que él sigue incólume dentro del proceso, y prueba de ello es que ante una duda insalvable sobre la responsabilidad penal del procesado, su aplicación conduce a resolverla a su favor. **De lo que se trata es que la presunción, en cuanto tal, admite prueba en contrario** (Sentencia de febrero 3 de 1998. M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar)<sup>94</sup>.

### **3.2.2.1. La presunción de inocencia como derecho constitucionalizado**

El reconocimiento expreso a este principio se encuentra establecido en el inciso 4 del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, así. “*Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable*”.

Expresión con la que adquiere el rango de derecho fundamental por virtud del cual el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material

---

*de destruir precisamente los elementos de prueba de la culpabilidad sobre los que se levanta la imputación’...*” (Negrilla fuera de texto).

<sup>94</sup> *Ibíd.* p. 245.

probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado<sup>95</sup>.

El Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004 consagra expresamente en el artículo 7° como principios rectores y garantías procesales no solo la presunción de inocencia, sino también el in dubio pro reo.

En orden a precisar las consecuencias que se derivan de la constitucionalización de la presunción de inocencia como componente del derecho fundamental al debido proceso<sup>96</sup> viene al caso seguir a la ilustre profesora y asesora de esta investigación Mónica María Bustamante Rúa<sup>97</sup>. En primer lugar, desde la perspectiva jurídico constitucional, como derecho fundamental vincula a todos los poderes públicos; es de aplicación directa e inmediata; como componente del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Colombia<sup>98</sup> y como derecho fundamental goza una vía privilegiada para su protección –la acción de tutela–.

---

<sup>95</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>96</sup> “Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo, cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por estatus, la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de actos que son ejercidos de estas”. FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

<sup>97</sup> BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. La prueba y la decisión judicial. Medellín: Sello Editorial Universidad De Medellín, 2010. p. 204.

<sup>98</sup> Ver artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Derechos Humanos y Derecho Internacional los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso. Que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. Prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Este derecho fundamental como se dijo adelante se desarrolla en el artículo 7º de la Ley 906 de 2004. Consagrado como principio rector, derrotero a seguir en todo el curso del proceso penal. Que le otorga al procesado una protección especial – inmunidad- frente a la posible actuación abusiva por parte del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, al tiempo que debe concurrir con todas y cada una de las garantías procesales, en aras de un proceso realmente garantista. Concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que se establecen garantías para el imputado.

Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia constituye, en el ámbito legislativo, un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que implican una presunción de culpabilidad y conllevan para el acusado la carga de probar su inocencia.

Del principio de presunción de inocencia se desprenden, entre otras, las siguientes consecuencias identificadas por la jurisprudencia constitucional:

- Cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad.
- La presunción de inocencia se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual “corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio *onus probandi incumbit actori*. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad.

- Para que, en el caso concreto de una persona, puedan ser aplicadas las sanciones previstas en la ley, es indispensable (...) que se configure y establezca con certeza, por la competente autoridad judicial, que el procesado es responsable por el hecho punible que ha dado lugar al juicio.
- Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie”. Así, “todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución”<sup>99</sup>.

El principio de presunción de inocencia es fundamento del proceso penal y es de las más sensibles garantías que tiene el ciudadano cuando de imponer la detención preventiva se trata; es así como del frágil equilibrio existente entre los derechos fundamentales del procesado y la obligación del ejercicio del *ius puniendi* que tiene el Estado, según el énfasis que se le imprima a la presunción de inocencia en la normatividad internacional e interna de cada uno de los países, puede devenir el total desconocimiento del individuo por la preponderancia de la colectividad, o la protección del primero al entenderlo como aquel que en su individualidad es la unidad básica de la sociedad toda.

Sobre el principio en comento la Corte Constitucional ha definido:

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben mostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido. La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá

---

<sup>99</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-289 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado<sup>100</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se ha referido a este principio en diversas oportunidades de la siguiente manera:

El axioma de *in dubio pro reo*, como concreción de la garantía de presunción de inocencia, se traduce en 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 de las categorías jurídico-sustanciales discutidas dentro del proceso penal<sup>101</sup>.

Y agrega la misma corporación:

Un tal principio corresponde no únicamente a un imperativo constitucional y legal, sino que precisamente, a uno de los postulados máximos que gobiernan la valoración probatoria y en general el proceso penal. Pero, claro está, que el reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación, desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador<sup>102</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 manifiesta lo siguiente respecto al principio enunciado: *“2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*.

---

<sup>100</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>101</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 24 de junio de 2009. Radicado 26909. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

<sup>102</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 20 de mayo de 2009. Radicado 31224. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Por su parte la Convención Interamericana de Derechos Humanos postula: *“Artículo 8. Garantías Judiciales: 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. (...)”*.

En la Constitución Nacional se expresa dicho principio en su artículo 29: *“(...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”*.

El profesor Luigi Ferrajoli explica el contenido de este principio de la siguiente manera:

Aunque se remonta al derecho romano, el principio de presunción de inocencia hasta prueba en contrario fue oscurecido, cuando no simplemente invertido, por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media. Baste recordar que en el proceso penal medieval la insuficiencia de prueba, cuando dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad, equivalía a una semi-prueba, que comportaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena leve." Después de Carrara el primer ataque contra el preclaro principio "corrió a cargo de la Escuela Positiva italiana: Raffaele Garófalo y Enrico Ferri, en coherencia con sus opciones sustancialistas, consideraron "vacía", "absurda", e "ilógica" la fórmula misma de la presunción de inocencia, exigiendo el primero la prisión provisional obligatoria y generalizada para los delitos más graves e inclinándose el segundo hacia modelos de justicia sumaria y sustancial más allá de las pruebas de culpabilidad. Pero el golpe decisivo le fue dado al principio por la autoridad de Vincenzo Manzini, que estigmatizó la fórmula como "un extraño absurdo extraído del empirismo francés" y la juzgó "burdamente paradójica e irracional" a partir de una cadena de peticiones de principio: la apriorística valorización de los institutos positivos de privación preventiva de libertad y del secreto sumarial, contradichos por la presunción de inocencia, y el establecimiento de una insensata equiparación entre los indicios que justifican la imputación y la prueba de la culpabilidad, por considerar que la experiencia habría demostrado que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables<sup>103</sup>.

Desde una óptica similar el maestro Hernando Londoño muestra las diferentes dimensiones que implica este principio:

---

<sup>103</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Op. Cit.

i) La que lo concibe como garantía básica del proceso; esto es, un “concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo de proceso penal”, cuya legitimidad viene dada por la consagración de garantías para el imputado y que, como derecho, le impone al legislador la prohibición de configurar “normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia” ; ii) como regla probatoria del proceso penal, que le asigna a la acusación la carga de la prueba, obligando a la absolución en caso de que la responsabilidad no se encuentre demostrada, a través de prueba suficiente, legítima, oportuna y válida, a condición de que haya pasado por el tamiz de la contradicción; iii) y como regla de tratamiento del imputado, que obliga a partir siempre de la idea de que el imputado es inocente y, en consecuencia, tiene derecho a ser tratado como tal<sup>104</sup>.

El profesor Ferrajoli, además de encontrar antagónico la imposición de la detención preventiva con la presunción de inocencia, destaca la incompatibilidad teórica que genera el instituto de la detención preventiva al interior de un proceso acusatorio:

Excluida la función de conservación de las pruebas, la prolongación de la detención no puede tener otro efecto (por no decir otro fin) que el de situar al imputado en una condición de sujeción, obstaculizarle eventualmente a la confesión y acaso permitir que otros sujetos -la acusación, el actor civil u otros interesados- manipulen las prueba (SIC). "Si esa clausura absoluta" -escribe Bentham en apoyo sólo del cese del aislamiento a partir del interrogatorio- " se prolongase hasta el día de la audiencia definitiva, el más inocente de los hombres llegaría al tribunal sin haberse podido hacer aconsejar ni reunir sus pruebas, y no estaría en condiciones de enfrentarse con sus acusadores". ¿Pensamos quizá que sería muy distinta de esta la condición de un preso aunque no estuviera en total aislamiento, con los pocos contactos y las escasísimas posibilidades que existen en la cárcel de organizar investigaciones y recoger pruebas para la defensa? Por lo demás, si la prisión preventiva, como admite Bentham, no debe servir para aislar al imputado después del primer interrogatorio puede valorarse positivamente sólo por quienes consideren el papel de la defensa como un inoportuno estorbo y la instrucción como inquisición de parte. Por el contrario, dentro de una concepción cognoscitivista y acusatoria del proceso, la prisión provisional no sólo no es necesaria sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cauce del juicio contradictorio<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> LONDOÑO BERRÍO, Hernando. La Detención Preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia: Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. En: Nuevo Foro Penal, N° 65. Tercera Época. Año I, mayo - agosto, 2003. pp. 190 a 270.

<sup>105</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Op. Cit.

### **3.2.2.2. La presunción de inocencia desde los instrumentos internacionales**

La legislación internacional ha consagrado en sus textos o tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- la garantía de la presunción de inocencia en términos similares a los expuestos. Debiendo ser interpretada y aplicada a la luz de éste en el proceso penal, por expreso mandato del artículo 3º de la Ley 906 de 2004. Así, a manera de ilustración se recuerda que “la presunción de inocencia se encuentra consagrada de manera expresa : En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 9º), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.11), establece garantías judiciales [...] *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad* [...] la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 8 que “*toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia y debe ser tratada de esta forma mientras la decisión no quede en firme*”. Y, a su turno, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York... en el artículo 14.2 prescribe que “*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”.

Frente a la presunción de inocencia, la Corte considera que los disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, sí forman parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que, la presunción de inocencia es un derecho humano, el cual no es susceptible de limitación o restricción en los estados de excepción, ya que sí derecho al debido proceso y el principio de legalidad no admiten restricción alguna, según lo dispone el artículo 27 de la ley 16 de 1972, que ratifica la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, menos aún la presunción de inocencia derecho fundamental a partir del cual se edifican las garantías jurídicas citadas<sup>106</sup>.

Como se infiere del artículo 29 del texto constitucional y de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la inocencia apenas logra desvirtuarse con sentencia judicial de culpabilidad.

### **3.2.2.3. La presunción de inocencia desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

La presunción de inocencia y la implementación de las teorías de la carga dinámica de la prueba, son temas de gran relevancia que han sido estudiados por la Corte Constitucional.

La presunción de inocencia es un derecho que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como "regla probatoria", en la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado.

En este sentido no es suficiente cualquier prueba para destruir la calidad de inocente, sino que ésta debe practicarse de acuerdo con ciertas garantías y de una determinada forma para cumplir dicho propósito, se deriva en consecuencia de esta regla probatoria lo siguiente<sup>107</sup>: a) la existencia de actividad probatoria suficiente – en contraposición a la simple sospecha - para la obtención del convencimiento judicial más allá de toda duda razonable; b) la existencia de

---

<sup>106</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. Op. Cit.

<sup>107</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Op. Cit.

prueba de cargo, que recaiga sobre la existencia del hecho y la participación en él del acusado – prueba directa e indirecta -, expresándose en la sentencia las razones que llevan al juez a valorar que se trata de prueba incriminatoria; c) actividad probatoria suministrada por la acusación, se exige que la actividad probatoria de cargo sea aportada al proceso por la acusación, toda vez que la presunción de inocencia permite al acusado permanecer inactivo sin que la falta de pruebas de descargo pueda actuar en su contra – con perjuicio – d) Prueba practicada en juicio oral, para que pueda desvirtuar la presunción de inocencia y cumplir con el principio de contradicción – con las excepciones de la prueba anticipada - ; e) pruebas practicadas con respeto de las garantías procesales y de los derechos fundamentales, por ello es coherente afirmar que las pruebas practicadas en el juicio oral permite potencializar la inmediación, la publicidad, la concentración, la celeridad y la contradicción<sup>108</sup>. Igualmente esta exigencia excluye que la prueba obtenida con desconocimiento de los derechos fundamentales pueda ser valorada en la sentencia.

En la sentencia C-069 de 2009, proferida por la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional estudió a fondo el derecho a la defensa, la presunción de inocencia y el *onus probandi* en el marco de un sistema con tendencia acusatoria. En esta oportunidad la Corte determinó que, en vigencia del sistema establecido por la Ley 906 de 2004 correspondía a las partes, esto es, la defensa y la Fiscalía, desempeñar un rol activo. Aquí hizo una importante precisión respecto del papel que debía cumplir la defensa en el marco de un proceso de índole adversarial, aspecto sobre el cual señaló lo siguiente:

El imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le

---

<sup>108</sup> BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. La Oralidad en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Oralidad y Proceso. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2009.

corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado<sup>109</sup>.

De esta forma, la Corte Constitucional reconoce la posibilidad de radicar en cabeza de la defensa el deber de traer a juicio elementos de prueba que permitan derruir la credibilidad de las pruebas presentadas no solo por su contendiente principal en el proceso, la Fiscalía, sino también las allegadas por la víctima. Igualmente manifiesta el alto tribunal constitucional: El nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculporias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia<sup>110</sup>.

La Corte Constitucional señala con contundencia que es en virtud del “*principio de presunción de inocencia que el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia. Por el contrario, este postulado ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente*”<sup>111</sup>, presunción esta que, a criterio de la Corte, acompaña al acusado hasta el momento en que se profiere sentencia de fondo, de manera tal que mientras el órgano de persecución penal no demuestre más allá de duda razonable la culpabilidad del procesado, deberá proferirse sentencia absolutoria.

a pesar de estar consagrada de manera expresa la presunción de inocencia y la prohibición de invertir la carga de la prueba en contra del acusado, y complementar los principios y garantías procesales del título preliminar del sistema

---

<sup>109</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069 de 2009. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>110</sup> *Ibíd.*

<sup>111</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

penal acusatorio, la práctica judicial enseña otra cosa, esto es, que no se está aplicando de manera expresa esa disposición, sino que por el contrario, se ha convertido en doctrina reiterada de las altas Cortes, la aplicación de las cargas dinámicas probatorias en derecho en materia procesal penal.

### **3.2.3. El in dubio pro reo**

Como se afirma no debe confundirse el principio *in dubio pro reo*, con la presunción de inocencia. El principio *in dubio pro reo*, pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria y se aplica cuando, habiendo prueba, existe una duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Mientras que el derecho a la presunción de inocencia, desenvuelve su eficacia cuando existe falta absoluta de pruebas, o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales.

Además existe otra diferencia, la presunción de inocencia es una garantía procesal del imputado y un derecho fundamental del ciudadano, protegible en vía de amparo de tutela. Mientras que la regla del *in dubio pro reo*, es una condición o exigencia subjetiva, del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória aportada al proceso.

Frente al “*in dubio pro reo*”, también el profesor Parra Quijano manifiesta que “‘*in dubio*’ significa ‘carecer de certeza’. El término ‘duda’ significa primariamente ‘vacilación’, ‘irresolución’, ‘perplejidad’. Estas significaciones se encuentran ya en el vocablo latino ‘*dubitatis*’. En la ‘*dubitatio*’ hay siempre, por lo menos (,) dos proposiciones o tesis entre las cuales la mente se siente fluctuante; va, en efecto, de una a otra sin detenerse por ese motivo. La duda no significa falta de creencia, sino indecisión con respecto a las creencias (...) El ‘*in dubio pro reo*’ le impone al juzgador la absolución, en caso de que las pruebas lo conduzcan precisamente a ese estado...”, Recuerda, de otra parte, el profesor Parra Quijano que, según la

Corte Suprema de Justicia (Sala Penal), “...‘el principio del *in dubio pro reo* hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial sobre la responsabilidad del sujeto (,) con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente’ (sentencia de diciembre 10 de 1997. M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar)”<sup>112</sup>. La duda que genera la aplicación del “*in dubio pro reo*” debe ser “*objetiva*”, destaca el profesor Parra Quijano en la página 249 de la obra que viene siendo citada.

El artículo 7º de la Ley 906 de 2004, consagra los principios de “presunción de inocencia” e “*in dubio pro reo*”, conforme a los cuales

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.

#### **3.2.4. El derecho de defensa en el sistema adversarial moderado de la Ley 906 de 2004**

En un sistema típicamente adversarial como lo es el acusatorio, **la defensa** es una garantía fundamental que se tiene que establecer a favor de quien adquiere la condición de imputado, ya que si la fiscalía tiene de su lado toda la estructura económica, logística y de recursos para llevar de manera adecuada sus investigaciones, solo en la medida en que se le dé un equilibrio, se podrá garantizar un juicio justo y es por ello que la defensa y su ejercicio, es la principal institución para que ello sea así, garantizándose incluso desde antes de que la persona adquiriera la condición de imputado.

---

<sup>112</sup> Citada por: PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. pp. 247 y ss.

Este postulado básico del ordenamiento jurídico colombiano, que se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 29, se descompone, a su vez, en diversas garantías que conllevan una recta y cumplida administración de justicia, como lo es, **el derecho de defensa**, este derecho constituye uno de los componentes esenciales del debido proceso, al consistir en “el poder de voluntad de controvertir las pretensiones, pruebas y argumentos de la contraparte o del Estado, según sea el caso, solicitar y allegar pruebas, formular e interponer recursos, entre otras actuaciones” (Corte Constitucional de Colombia. Sent. C-152, 2004). En el marco del derecho penal, el derecho a una defensa técnica, es decir, aquella que es ejercida por un especialista del derecho, se halla integrado en la Carta Política en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93), específicamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Por su parte, el artículo 8º de la Ley 906 de 2004, al desarrollar el “*principio de defensa*”, pone de presente el carácter de “*adversativo*”, “*adversarial*” o “*de partes*”, que ostenta el sistema procesal allí consagrado, al establecer que la “*defensa*”, en cuanto sujeto procesal, opera “*en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal*”. Es lo que coloquialmente se conoce como la “*igualdad de armas*”. Desarrolla, en parte, este precepto el artículo 268 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual

El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física...”. Por su parte, el artículo 290, ibídem, establece que “Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código.

Entre las facultades que para el inculpado, imputado, acusado o procesado se derivan de la consagración de este principio, por ser pertinentes para el presente asunto, se destacan las siguientes:

b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad (...) c) No se utilice el silencio en su contra (...) j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas (...) k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate...

En relación con el “*derecho de defensa*” en el Sistema Penal Acusatorio de la Ley 906 de 2004, el doctor Néstor Armando Novoa Velásquez ha manifestado que

...no cabe duda de que el derecho de defensa ha sufrido un cambio esencial; bajo esa óptica (,) no se puede seguir sosteniendo aquella tesis jurisprudencial,..., que ve en la pasividad del defensor una estrategia de abogado... (...) Salvo las excepciones previstas en la Ley 906 de 2004, que le permiten al defensor abstenerse de realizar ciertas actuaciones procesales, ateniéndose a la presunción de inocencia y a la titularidad de la carga de la prueba en cabeza del Estado, la pasividad del defensor,..., sin lugar a dudas, genera la nulidad de lo actuado, por violación al derecho de defensa...<sup>113</sup>.

El abogado defensor no es ni puede ser imparcial, este es un atributo del Juez; todo lo contrario su actividad es absolutamente parcializada, pero dentro de la legalidad, en pro de los intereses de su representado, y para que su presencia en los actos procesales garantice el efectivo cumplimiento del derecho de defensa tendrá que presentar las razones de hecho y de derecho que apoyen la versión de aquel, porque justamente, reitérese la estructura básica del nuevo sistema penal acusatorio se afianza en el principio de separación de funciones, de acuerdo con el cual, dos partes adversarias o contendores jurídicos( fiscalía y acusado-defensa), que presentan intereses disimiles, en igualdad de armas se enfrentan con las mismas herramientas de ataque y protección.

Complementa lo anterior el señalamiento de que,

---

<sup>113</sup> NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. Nulidades en el procedimiento penal: Actos procesales y acto prueba – sistema mixto-inquisitivo y mixto-acusatorio. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2010. p. 1718.

[s]i bien(,) por mandato del artículo 29 de la Constitución ‘...quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...’, la forma de actuar del defensor varía ostensiblemente entre la Ley 906 de 2004 y todos los demás regímenes procesales existentes con anterioridad,..., porque (,) de acuerdo al artículo 250 (,) antes de la reforma introducida por el Acto Legislativo 3 de 2002, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, no solo investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores (,) ante los juzgados y tribunales competentes, **sino que está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado** (...) Luego de la reforma, el artículo 250 de la Carta obliga a la Fiscalía General de la Nación a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito (,) que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando (,) medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo, **pero ya no tiene el deber de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado**, la labor del ente acusador es buscar y asegurar todos aquellos elementos materiales probatorios que le permitan presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías... (Negrilla fuera de texto) <sup>114</sup>.

En este orden de ideas, tampoco puede excusar su inactividad la defensa en el hecho de que, según el inciso final del artículo 250 Constitucional y el artículo 15 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía deberá allegar, junto con el “*escrito de acusación*”, los elementos probatorios y la evidencia física favorable al imputado que haya encontrado con motivo de su labor investigativa, pues no es su obligación detectar, recolectar y aportar dichos elementos, constituyendo apenas una situación eventual, de cuya ocurrencia no puede pender la eficacia de un derecho fundamental, como es el derecho de defensa del encartado.

Termina el punto el profesor Novoa Velásquez, poniendo de presente que

En el...artículo 125 de la...Ley (906 de 2004) están señalados los deberes y funciones especiales de la defensa y, entre ellas, el numeral 8, prevé que al defensor le asiste el derecho a ‘**no ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral**’ (;) sin embargo, tal prerrogativa no debe entenderse de manera literal,

---

<sup>114</sup> *Ibíd.* p. 1719

taxativa y excluyente, pues aun cuando es verdad que el defensor, en el desempeño de su tarea, goza de autonomía científica, amplitud de investigación y libertad de expresión, también es cierto que en el modelo colombiano de enjuiciamiento penal..., el nuevo sistema impone a la defensa una actitud proactiva y diligente (,) en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función... (Negrilla fuera del texto)<sup>115</sup>.

Contrario sensu, no podría la defensa ser obligada a aportar elemento constitutivo de la conducta punible o de la responsabilidad del encartado, con el argumento de que le resulte más fácil hacerlo, en virtud de una pretendida aplicación de la *“teoría de la carga dinámica de la prueba”*, pero tampoco podría la Fiscalía ser obligada a investigar hechos o situaciones favorables al imputado, por cuanto ello no constituye una obligación legal a su cargo.

Frente a este preciso punto, resulta pertinente llamar la atención sobre el hecho de que, de forma contundente, en el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 (*“cláusula de exclusión”*) se establece que *“Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal (...) Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”*; en consecuencia y a manera de ejemplo, será nula de pleno derecho y deberá excluirse del proceso, por ejemplo, una prueba que se practique con violación de la *“presunción de inocencia”*, como sería aquella que se pretendiera el inculpado aportara al proceso así le incriminara, por resultar para esta persona más fácil su aporte, en aplicación de la *“teoría de la carga dinámica de la prueba”*.

La relación de estos principios - y otros que no han sido enunciados - con la *“carga de la prueba”* se enmarca, en el derecho penal colombiano, dentro de un proceso de corte *“dispositivo”* o *“adversarial”*, cuyo origen, según precisa el profesor Bertel Oviedo,

---

<sup>115</sup> *Ibíd.* p. 1734.

Se ha situado en la justicia romana antigua y de los pueblos germánicos de la Baja Edad Media (,) donde no se tenía claro aún el criterio de bienestar general, sino de simple solución del conflicto particular, sin importar el grado de certeza que se alcanzara (...) Algunos han dicho que en ese inicio (,) el Juez, como simple convidado de piedra, dejaba a la disposición de las partes el manejo de la prueba sobre la cual habría de sustentar su decisión. En el mecanismo dispositivo el destinatario de la prueba no era el servidor (,) sino el adversario...<sup>116</sup>.

Por su parte, los profesores Carlos Betancur Jaramillo y Alfonso García Sierra, manifiestan que

...esa actividad (la carga de la prueba) debe ser mayor en los procesos de orientación dispositiva (,) que,..., dejan el rol probatorio exclusivamente en cabeza de las partes, pero no quiere esto decir que no tenga aplicación en los inquisitoriales y que la actitud de estos pueda ser pasiva, porque la facultad officiosa que en ellos se concede al juez en materia probatoria no excluye las consecuencias que para las partes representa la no aportación de pruebas sobre la existencia de los hechos que interesan a la causa...<sup>117</sup>.

Situación que tiene mayor incidencia en un proceso como el regido por la Ley 906 de 2004, en el cual, como ya se anotó, el juez carece de facultad probatoria officiosa.

Para terminar, el profesor Novoa Velásquez manifiesta que,

[ ] mediante el Acto Legislativo No. 03 de 2002,..., fue intención del Constituyente introducir un cambio sustancial en el régimen constitucional y legal colombiano, para adoptar (,) en forma abierta y declarada, aunque no absoluta, el principio 'acusatorio', que en cierta medida recoge algunas características de los sistemas acusatorios vigentes en el mundo; sin embargo, en el trámite de la reforma del artículo 250 de la Constitución se perfilaron algunas características que permiten afirmar la evolución desde el sistema acusatorio 'puro', inicialmente propuesto, hasta el sistema con tendencia acusatoria, 'no típico ni puro', sino específico para Colombia, con un principio adversarial igualmente modulado...<sup>118</sup>.

Complementa este punto el profesor Novoa Velásquez, señalando que,

---

<sup>116</sup> BERTEL OVIEDO, Álvaro. Op. Cit. p. 146.

<sup>117</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos y GARCÍA SIERRA, Alfonso. Op. Cit. pp. 185 y ss.

<sup>118</sup> NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. Op. Cit. p. 1727.

En efecto, se trata de un principio adversarial modulado (,) por cuanto en (el) sistema de enjuiciamiento oral (colombiano) se reconoce la condición de intervinientes a las víctimas y al ministerio público, y además porque el juez no cumple un papel pasivo (,) como si se tratara del árbitro de una contienda, sino que debe actuar proactivamente como garante de los derechos fundamentales (,) cuando quiera que resulten amenazados o menguados (,) y debe procurar que el caso se resuelva sobre una base de verdad real y en un plano de justicia material (...). **Sin embargo, a pesar de que el sistema acusatorio adoptado a raíz de la citada reforma constitucional y progresivamente implantado a través de la Ley 906 de 2004, con modificaciones en la Ley 1142...de 2007, ostenta un principio adversarial no absoluto, sino modulado, lo que resulta innegable, es que no por ello deja de ser un proceso de partes, una de las cuales representa al Estado y se encuentra encarnada por la Fiscalía General de la Nación, cuyo objetivo es desvirtuar la presunción de inocencia, que ampara a su adversario, la otra 'parte', que es el imputado o acusado (Negrilla fuera de texto)<sup>119</sup>.**

---

<sup>119</sup> *Ibíd.* p. 1727. Citando a la Corte Constitucional y también en relación con el mismo punto, manifiesta este autor que, "...a diferencia del sistema de tendencia inquisitiva (,) adoptado por la Constitución de 1991 y que rige en buena parte del país, en el que la Fiscalía ejercía – a un tiempo – función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal el rol del ente de investigación se ejerce con decidido énfasis acusatorio, gracias a lo cual, pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el distintivo del método adversarial (...). Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no está obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, esto no deba ser puesto a disposición de la defensa. En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso (...). De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable (,) sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia' (Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2005) (...). En anterior pronunciamiento, acerca del último aspecto precisado en la sentencia aludida, la misma corporación señaló: 'El nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. **Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado (,) a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima (,) a quien también se le permite la**

Siendo entonces de “partes” en un sentido modulado claro está, solo la paridad entre estas garantiza un esquema procedimental acorde con nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, pero es en este punto, el del equilibrio entre fiscalía y defensa, en donde notamos rápidamente la enorme “brecha” entre la teoría legal y la realidad material como ya se verá. No dudo en afirmar que para lograr un estándar de igualdad entre acusación y defensa acorde con nuestras imposiciones constitucionales, habrá de reconocerse sin salvedades ni reservas “legalistas” la facultad de exigir la intervención del Juez de control de garantías para que en sede jurisdiccional habilite el plan de investigación de defensa penal, imponiéndose en consecuencia la obligatoriedad frente a terceros, (...) “la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se entiende el principio ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses (...)”<sup>120</sup>.

Para finalizar este punto, afirma este mismo autor en la pág. 98, de la misma obra que se comenta. En estas condiciones se hace necesaria la intervención del Juez de Control de Garantías desde el momento mismo en que la defensa pretende iniciar la preparación de su caso, lo cual no se reduce al momento en que se formule imputación y menos al momento en que se le de lectura a la acusación, pues el ciudadano tiene derecho a que le preparen su defensa, a que busquen información que permita preparar su caso, desde el momento mismo en que se entera de una pesquisa judicial en su contra, lo cual puede suceder estando el trámite aun en indagación.

---

**posibilidad de enfrentar al imputado...’ (Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005)...”**  
(La negrilla no corresponde al texto original).

<sup>120</sup> PAVA LUGO, Mauricio. La defensa en el sistema acusatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.

### 3.3. LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL DE LA LEY 906 DE 2004 ESTUDIO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

#### 3.3.1. Origen de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en la Jurisprudencia Penal Colombiana

Puede identificarse el primer momento de nuestra historia judicial en el cual se avaló la inversión de la carga de la prueba en el marco de un proceso penal en la jurisprudencia constitucional sobre el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. En la sentencia C-319 de 1996, la cual analizó de manera concreta el cargo que un ciudadano planteó contra el delito de enriquecimiento ilícito, basado en la presunta inversión de la carga de la prueba que la estructura típica del mismo suponía. Siendo este el primer precedente donde se avaló la aplicación por primera vez de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal<sup>121</sup>.

Veamos: el artículo 148 del código penal vigente para el año 1996 (código penal de 1980), subrogado por el artículo 26 de la ley 190 de 1995, establecía que:

**Artículo 148.** El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial **no justificado** siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial **no justificado**.

A su turno el artículo 1º del decreto 1895 de 1989 establecía que:

Artículo 1º El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial **no justificado** derivado, en una u otra

---

<sup>121</sup> PULECIO BOEK, Daniel. La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal. Bogotá:: Editorial: Pontificia Universidad Javeriana, 2012. p. 151.

forma, de actividades delictivas, incurrirá, por esa solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado.

Puede verse entonces que las dos normas arriba transcritas eran las que penalizaban en el año 1996: el delito de enriquecimiento ilícito, tanto de servidores públicos como de particulares. Fueron esas dos normas las que al ser demandadas generaron la producción de la Sentencia C-319 de 1996. El demandante consideró que el término “no justificado”, previsto en las normas cuya inconstitucionalidad se perseguía, violaba el debido proceso, por trasladar la carga de la prueba al sindicado. En opinión del actor, el procesado quedaba obligado a justificar sus ingresos cuando era la administración de justicia la que debía encontrar los medios probatorios que acreditaran el incremento ilícito del patrimonio.

Para responder a ese cargo la Corte expreso:

En el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su **no justificación**, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. **Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el estado en ejercicio de su función investigativa.**

**No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable, y por supuesto legal.**

Pero el conocimiento efectivo de las rentas y bienes del servidor público y su incremento injustificado, no se deriva en forma exclusiva de la explicación que esté presente a las autoridades judiciales en ejercicio de su derecho de defensa (art. 29 de la C.P.); son los demás medios de prueba –testimonio, documentos, indicios etc.- los que dentro del desarrollo de la investigación van a constituirse en elementos de juicio suficientes para llamar a indagatoria,

dictar auto de detención o precluir investigación y, en general, para adelantar el proceso respectivo.

Además, la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal; es una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición, pues el artículo 122 de la Carta señala expresamente, refiriéndose a los servidores públicos, que, “**antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas**”. (Subrayas de la Corte).

El conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los servidores públicos, antes que una carga constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones (art. 209 de la C.P.) y con ello se pretende proteger la función pública y, en particular, la moral social. Debe aclararse que nadie está obligado a ejercer una función pública; se trata de una labor en la que los ciudadanos deciden participar libremente; pero al aceptarla están asumiendo no sólo las cargas y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además, se están colocando en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes.

No es entonces la explicación que rinde el sindicado frente a una acusación de incremento patrimonial no justificado un acto de violación al principio constitucional de la presunción de inocencia, pues como ya se anotó, se trata de una justificación de sus actos frente a las imputaciones debidamente formuladas por el Estado en su contra, para que en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, tenga la oportunidad de explicar su conducta. El artículo bajo examen consagra entonces un deber específico y concreto de transparencia en el manejo de los bienes públicos por parte de los servidores públicos, que en nada contraviene el debido proceso ni ningún otro derecho consagrado en la Constitución Política (Negrilla y subrayado fuera de texto)<sup>122</sup>.

De manera que la Corte consideró para el caso del enriquecimiento ilícito de servidores públicos que la explicación que estos brindan sobre su estado patrimonial a la vez que un ejercicio de su derecho de defensa, es un deber que asumen por la calidad que han decidido ostentar. Por ende, es permisible que el estado exija explicaciones de estos en cuanto a su estado patrimonial se refiere. Además la Corte preciso que el Estado, dentro de la persecución penal, tenía únicamente la carga de demostrar una diferencia patrimonial, pudiendo *presumir*

---

<sup>122</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-319 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

que es injustificado el incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable desde el punto de vista económico y legal. En consecuencia la corte considero que el ente investigador no tenía que preocuparse por eliminar toda posible justificación sino que podía presumir la falta de justificación a partir de la desproporción. Así no lo diga expresamente la Corte, ¿a quién corresponde entonces desvirtuar esa presunción y demostrar la justificación de su incremento? A la defensa...

Respecto del enriquecimiento de particulares, a pesar de las diferencias que guarda con los servidores públicos, respecto del cargo planteado por el actor, de manera concreta manifestó la Corte Constitucional:

No debe olvidarse que el enriquecimiento se establece por la comparación del patrimonio del presunto ilícito en dos momentos distintos. **Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley (Arts. 4o., 6o y 95 de la C.P.).** En el caso de los particulares, cabe recordar que éstos deben demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de los mismos mediante la declaración de renta, no sólo para que el Estado, de conformidad con leyes preestablecidas, grave en alguna medida su patrimonio, sino además para ejercer control sobre su licitud. **Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad del imputado o su inocencia. Al pasar al terreno penal, no puede sostenerse que abruptamente cese todo asomo de colaboración de la persona a la que se pide explicaciones sobre sus movimientos patrimoniales (C.P. Art. 95 num. 7 y 9).** El derecho a la no autoincriminación ciertamente autoriza al sindicado o procesado a asumir ciertos comportamientos procesales, pero su silencio o sus aseveraciones carentes de sustento, pueden objetivamente demeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios allegados por el Estado y no refutados. Por lo demás, el proceso penal implica necesariamente una valoración de conducta; la etapa de investigación no supone calificación; sólo habiendo pruebas suficientes se llama a juicio (Negrilla fuera de texto)<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> Ibid.

Bajo el anterior argumento la Corte declaró la Constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Sostuvo entonces en el fallo que los particulares tenían en todo momento el deber de explicar la naturaleza, origen y proveniencia de sus recursos. En opinión del alto tribunal es permanente el deber de colaboración de los ciudadanos por lo cual su silencio o sus defensas carentes de sustento pueden demeritar su posición. Nótese que aquí la Corte utilizó exactamente el mismo lenguaje que casi una década después<sup>124</sup>.

Concluye el autor afirmando que la Corte aplicó de manera tácita la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal pues avaló que la Fiscalía limitara su carga probatoria a la demostración de un incremento patrimonial mientras que la justificación de dicho incremento correspondía no solo como derecho (de defensa) sino también como deber (ciudadano) al procesado.

### **3.3.2. La teoría de la Carga Dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

En la Sentencia C-417 del 26 de junio de 2009<sup>125</sup>, mediante la cual la Corte Constitucional se pronuncia sobre la inexecutableidad planteada contra una de las excepciones a la excepción de la verdad en el código penal, se indica de forma bastante clara cómo el discurso sobre la relativización de la carga de la prueba en cabeza de la fiscalía también ha sido considerado o utilizado en la estructura argumentativa de la Corte Constitucional, confirmando la tendencia que tácitamente se ha venido incrustando en nuestro ordenamiento jurídico por la vía de los precedentes jurisprudenciales de las altas cortes, en este pronunciamiento la Corte considerando que al ser la libertad de expresión un derecho de carácter preferente dentro de la sistemática constitucional la restricción que dicha libertad sufría como consecuencia de la norma demandada ni siquiera se antojaba

---

<sup>124</sup> PULECIO BOEK, Daniel. Op. Cit. pp. 153 a 157.

<sup>125</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-417 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao P.

necesaria no resultaba imperiosa ni útil para garantizar algún fin constitucional, por lo cual y por resultar entonces afectada de manera desproporcionada la libertad de expresión, se declaró inconstitucional el artículo atacado con una argumentación encaminada a sostener que la posibilidad de defenderse mediante la excepción de la verdad, supone la carga de la defensa de probar la veracidad de sus afirmaciones. Posibilidad que la norma demandada negaba.

La Corte Constitucional no lo dice expresamente pero como puede verse cuando afirma:

*Se concluye entonces que de la totalidad de bienes jurídicos alegados como objeto de protección por el numeral 1º del art. 224 del Código Penal, lo son, por una parte, los derechos a la honra y al buen nombre, por virtud de la decisión judicial absolutoria que confirma la inocencia de un determinado sujeto. Y también son bienes jurídicos protegidos materialmente, los principios de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica, porque con el precepto acusado se excluye toda opción de volver a analizar la responsabilidad penal de ese individuo que ya ha sido exonerado por autoridad competente.*

*En efecto, el impedimento creado por la disposición jurídica bajo análisis, genera para el inculpado de calumnia una restricción importante en cuanto a su derecho de defensa y contradicción, pues le impide acreditar al juez que los hechos típicos imputados a alguien no son falsos. Dicho de otro modo, le impide demostrar la ausencia de tipicidad de la conducta.*

*103. De conformidad con el art. 29 constitucional, el debido proceso está constituido por el in dubio pro reo, la asistencia de un abogado, el debido proceso público y sin dilaciones injustificadas, la presentación de pruebas, el derecho a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Quiere decir lo anterior que la presentación de las pruebas para demostrar su inocencia hacen parte de los elementos iusfundamentales de tal derecho y su restricción afecta derechamente el contenido propio del mismo.*

*... Evidentemente, lo anterior representa una limitación radical de la libertad de expresión que, dado el carácter preferente de este derecho, no puede aceptarse desde la perspectiva constitucional. Al respecto es conveniente enfatizar, que la Constitución garantiza la libertad de dar y recibir "información veraz e imparcial" (art. 20). De allí que resulte sorprendente que el ejercicio apropiado de una de las manifestaciones de la libertad de expresión, sea al mismo tiempo sancionada penalmente. Si la información difundida es veraz o*

*por lo menos se basa en hechos reales y ha sido contrastada con las fuentes requeridas, no puede legítimamente sancionarse penalmente al que la difunda.*

*Por eso, cabe concluir que la norma acusada no supera el paso de la necesidad, por cuanto acogió una medida excesiva para proteger los derechos a la honra y al buen nombre, y desde el punto de vista material los principios de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, aboliendo en la práctica la libertad de expresión e información para los casos analizados. Es decir, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han sido acogidas por este tribunal constitucional, la norma no cumple con el presupuesto de contemplar la medida “que restrinja en menor escala el derecho protegido”.*

Avala una inversión de la carga probatoria por tanto el ciudadano que comete una afrenta contra la integridad moral de otro no está llamado a responder penalmente cuando demuestra la veracidad de sus afirmaciones.

También en la Sentencia T-590 de 2009<sup>126</sup>, la Corte hace énfasis en la obligación del juez de dar aplicación a las subreglas y principios mencionados en párrafos precedentes sobre la necesidad de la prueba, la posibilidad de oposición del afectado, la improcedencia de una presunción de origen ilegal de los bienes, y el carácter compartido de la carga de la prueba.

En cuanto a esa distribución de la carga de la prueba, la Corte ha considerado que, en primer término, el Estado tiene la obligación de llegar a una inferencia razonada sobre el origen ilícito de los bienes; acto seguido, el posible afectado debe efectuar su oposición que no puede consistir en las “solas manifestaciones” entendidas como negaciones indefinidas sobre la procedencia no-ilícita de los bienes, sino que debe aportar elementos de convicción que desvirtúen la inferencia del Estado.

---

<sup>126</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-590 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Es relevante este punto, pues este criterio sentado por la Corte Constitucional, aplicado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el tema del enriquecimiento ilícito de particulares<sup>127</sup>, como se verá en el aparte pertinente, es el que esta sala ha utilizado para dar por aplicada en el proceso penal de la Ley 906 de 2004, la teoría de la carga dinámica de la prueba, bajo el entendido de que es al procesado a quien le queda más fácil desvirtuar las pruebas de cargo allegadas por el Ente Investigador Estatal.

Así mismo en la sentencia T- 174 de 2013, la Corte Constitucional decide revocar el fallo proferido por el Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá. En su lugar tutelar el derecho fundamental a la salud de la señora Claudia Amparo Bautista Esteban, recurriendo a la teoría de la carga dinámica de la prueba dijo: Sobre el particular es necesario señalar que en desarrollo de la jurisprudencia este tribunal ha decantado una serie de reglas en materia probatoria que el juez de tutela debe aplicar, atendiendo la obligación de salvaguardar a todas las personas respecto de cualquier acción u omisión que vulnere o ponga en peligro sus derechos fundamentales. Entre estas se destacan las siguientes:

(i) “La carga probatoria en el trámite de la acción de tutela, es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta. Este principio, alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados”.

(ii) “La función del juez constitucional es privilegiar la protección de los derechos fundamentales que se enuncian como vulnerados. So pretexto de no cumplir con requisitos procesales, no puede olvidar el espíritu garantista que ilumina la acción de tutela”.

(iii) “En el trámite de la acción de tutela, se aplica el principio de la carga dinámica de la prueba según el cual - corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo”.

---

<sup>127</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 9 de abril de 2008. Radicado 23754. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Así las cosas, la jurisprudencia de esta corporación en sede de tutela ha permitido en situaciones muy particulares que se flexibilice la carga de la prueba a favor de un peticionario, de conformidad con en el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), y en el establecimiento de mecanismos efectivos para su protección y aplicación (capítulo 4o. del título II de la Carta Política).

En el presente caso el juez de instancia empleó como otra causal para no amparar los derechos de la accionante su presunta capacidad económica. En desarrollo de este, puntualmente el Juzgado 54 Civil Municipal en la sentencia del 10 de octubre de 2012 determinó que: “tratándose de una persona afiliada al sistema de seguridad social en salud por el régimen contributivo, se presume su capacidad económica, pues la simple afirmación de carecer de los recursos económicos para sufragar el tratamiento que dice necesitar no es por sí misma suficiente para acceder a la pretensión reclamada por esta vía”.

Tal y como se ha señalado, de acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal, la pauta general en materia de pruebas consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible. Por otro lado, en cierto tipo casos se ha permitido que se flexibilice la carga de la prueba en favor de una determinada parte. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral, protección al derecho a la seguridad social, desplazamiento forzado y en los casos donde el accionante se encuentra en estado subordinación.

Para la Sala, esta misma flexibilidad probatoria debe ser aplicada en situaciones como la presente, en donde se anexa como prueba la historia clínica de la accionante, con la manifestación realizada por un médico sobre el “compromiso a la vida”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En consecuencia, en el sub examine es necesario apartarse de la valoración realizada por el juez de instancia al negar la intervención quirúrgica requerida por Claudia Amparo Bautista aduciendo su “presunta” capacidad económica. Más aún cuando de conformidad con la jurisprudencia constitucional relacionada en la parte motiva de la presente sentencia, el Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá debió haber tomado alguna de las siguientes vías:

- (i) Decretar de oficio todas las pruebas pertinentes para establecer la real capacidad económica de la accionante.
- (ii) Aplicar la herramienta contenida en el 20 del Decreto 2591 de 1991, aceptando como ciertos los hechos en virtud a la negativa de Cafesalud EPS de allegar la información requerida.
- (iii) Usar los criterios de flexibilización probatoria que la jurisprudencia constitucional autoriza.
- (iv) Hacer uso de la lógica de lo razonable de conformidad con la experiencia y la sana crítica.

También en lo que tiene que ver con el delito de inasistencia alimentaria la Corte Constitucional ha recurrido a la aplicación tácita y expresamente de esta teoría, resulta previsible la aplicación eventual de esta teoría en este delito ya que tal conducta supone que el alimentante debe abstenerse de cumplir su obligación “sin justa causa” de manera que surge la pregunta ¿quién debe alegar y probar esa justa causa para incumplir la obligación alimentaria? La respuesta de acuerdo a los precedentes que se reseñan en este trabajo, considerando los planteamientos jurisprudenciales, sería la defensa pues está en mejores condiciones de probarlo y además es a ella a quien le beneficia demostrarlo, correspondería a la fiscalía construir un caso sólido y a la defensa desvirtuar su teoría del caso alegando y probando una justa causa para el incumplimiento alimentario. La teoría del caso defensiva no podría limitarse genéricamente a afirmar una justa causa sino que deberá llevar evidencias que desvirtúen las pruebas de la fiscalía sobre la capacidad económica del alimentante.

A pesar de que la Corte Constitucional no sostiene estar haciendo uso de manera expresa de la teoría de la carga dinámica de la prueba en la sentencia C-055 de 2010<sup>128</sup>, resulta perfectamente claro que se está invirtiendo la carga de la prueba y que se está exigiendo una actividad probatoria de parte de la defensa en esta sentencia que tuvo origen con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 129 de la ley 1098 de 2006 entre otros.

Artículo 129. Alimentos. En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. **En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.**

---

<sup>128</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-055 de 2010 M:P.

El análisis llevado a cabo por la corte constitucional en esta sentencia permite entrever que la presunción allí contenida es aplicable y válida en el marco de procesos penales. La corte Constitucional tras retomar y hacer propios los planteamientos expuestos en la sentencia C-388 de 2000. Para aceptar la aplicación de la presunción de manera tacita hace reconocimiento de un manejo dinámico de la carga de la prueba en el delito de inasistencia alimentaria así:

Tanto el Jefe del Ministerio Público como los representantes en el proceso del Instituto de Bienestar Familiar y del Ministerio del Interior y de Justicia solicitaron a la Corte declarar la existencia de cosa juzgada material, en relación con el artículo 129 (parcial) de la Ley 1098 de 2006.

Lo anterior, por cuanto en sentencia C-388 de 2000, la Corporación había declarado la exequibilidad de la frase “En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal”, que contenía el artículo 155 del Decreto 2737 de 1989 (parcial), cuyo contenido normativo es igual al del artículo 129 de la Ley 1098 de 2006, objeto de acusación en la presente demanda.

*Lo que debe ahora preguntarse la Corte es si en el presente asunto se reúnen los requisitos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, para determinar la ocurrencia del fenómeno de la cosa juzgada material propuesta para atender la cuestión de constitucionalidad formulada contra el aparte del artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia.*

*En el caso bajo estudio es claro que se hace referencia a una cosa juzgada constitucional, de carácter material, en sentido amplio, como quiera que se juzga la constitucionalidad de un precepto promulgado por el legislador, cuyo contenido normativo ha sido declarado exequible. Por tanto, le corresponde a la Corte determinar en un primer momento, si efectivamente la proposición jurídica declarada constitucional ha sido reproducida en el artículo parcialmente demandado. En un segundo momento, determinar si concurren o no razones para mantener el precedente establecido y en ese tanto, pronunciar la cosa juzgada material o si es del caso clarificar o alterar el razonamiento entonces expuesto.*

*Por su parte, el artículo 155 del Decreto 2737 de 1989, anterior Código del Menor, que hacía parte del capítulo III, “De los alimentos”, del título tercero denominado “Del menor que carece de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas”, disponía que, ante la imposibilidad de acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez lo establecería “tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica”. A esta previsión normativa le seguía la que declaró constitucional la Corte en la sentencia C-388 de 2000: “En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal”.*

*Se observa entonces que se trata de proposiciones jurídicas idénticas que sirven para los mismos efectos, esto es, configurar una garantía procesal para el menor, en el trámite judicial en el que se demanda por alimentos. Se encuentra establecida, por tanto, la primera condición de que trata la jurisprudencia para hablar de cosa juzgada material.*

*En segundo término, observa la Sala que al momento presente no se observan situaciones o circunstancias que justifiquen alterar el precedente establecido en la sentencia C-388 de 2000. Pues tan razonable era para 1989, como para el año 2000, para el 2006 y también para el año en curso, estimar ante la ausencia de prueba sobre la solvencia económica de quien es obligado a pagar alimentos a un menor de edad, que la misma se reduce al menos al salario mínimo. Y también lo es entender que tal ordenación se justifica en el fin legítimo de proteger al sujeto débil de la relación procesal, que la misma es idónea y necesaria como forma de asegurar una mínima responsabilidad por parte de quienes tienen a cargo niños o adolescentes, pero que al mismo tiempo es proporcional, **pues aunque altera la carga de la prueba a favor del menor y en contra del obligado, en todo caso puede éste ofrecer pruebas que demuestren lo contrario, que expliquen su menor capacidad económica o su total carencia de recursos.***

*En consecuencia, respecto de la expresión acusada del artículo 129 del C.I.A., resulta procedente declarar la constitucionalidad de la misma con base en lo resuelto en la sentencia C-388 de 2000. Lo anterior, como quiera que la presunción iuris tantum establecida de que la cuota provisional de alimentos, a falta de otros elementos de juicio, se fije con base en el salario mínimo, es razonable por basarse tanto en datos empíricos como en la existencia de una obligación legal de los empleadores de pagar al menos dicho monto. También, porque es proporcional en tanto medida idónea y necesaria para garantizar el pago de la cuota debida al menor, parte débil de la relación procesal en el juicio de alimentos. Y finalmente por cuanto se trata de una presunción legal que en todo caso puede ser desvirtuada.*

### 3.3.3. La teoría de la Carga Dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

El periodo en el que se produjeron las sentencias que se analizaron para la elaboración de este trabajo fue entre 2008 y 2014, en vigencia del sistema acusatorio y para ello fue necesario el estudio de 16 de Corte Suprema de Justicia, respaldadas en algunas sentencias de la Corte Constitucional.

**Tabla 1. Sentencias Corte Suprema de Justicia**

Sentencias Corte Suprema de Justicia			
Nro. de providencia	Fecha	Delito(s)	Magistrado ponente
20547	Mayo 11 de 2005	Enriquecimiento ilícito	Mauro Solarte Portilla
23906	Agosto 29 de 2007	Peculado por apropiación, en concurso homogéneo y sucesivo	Jorge Luis Quintero Milanés
23754	Abril 9 de 2008	Lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares	Sigifredo Espinosa Pérez
31103	Marzo 27 de 2009	Acceso carnal violento e incesto	Sigifredo Espinosa Pérez.
31147	Mayo 13 de 2009	Omisión de agente retenedor y recaudador	Sigifredo Espinosa Pérez
32389	Octubre 29 de 2009	Falsa denuncia	Sigifredo Espinoza Pérez
33660	Mayo 25 de 2011	Homicidio	Fernando Alberto Castro Caballero
36402	Junio 29 de 2011	Concusión	Alfredo Gómez Quintero
36844	Octubre 19 de 2011	Falsedad ideológica en documento publico	Sigifredo Espinosa Pérez
37279	Abril 25 de 2012	Hurto agravado por la confianza	Augusto J. Ibáñez Guzmán
35159	Octubre 31 de 2012	Lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares.	Luis Guillermo Salazar Otero
39876	Abril 24 de 2013	Alzamiento de bienes, destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado y fraude procesal	Gustavo Enrique Malo Fernández
39291	Diciembre 18 de 2013	Peculado por apropiación	Eyder Patiño Cabrera
40336	Enero 30 de 2013	Falsedad ideológica en documento publico	Fernando Alberto Castro Caballero
44065	Julio 16 de 2014	Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo.	María del Rosario González Muñoz

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla 2. Sentencia de la Corte Constitucional**

<b>Sentencias Corte Constitucional</b>			
<b>Sentencia</b>	<b>Fecha</b>	<b>Demanda</b>	<b>Magistrado ponente</b>
C-319 de 1996	Julio 18 de 1996	Inconstitucionalidad contra los artículos 148 del Código Penal y 1º del Decreto Ley 1895 de 1989.	Vladimiro Naranjo Mesa
C-417 de 2009	Junio 26 de 2009	Inconstitucionalidad contra el numeral primero del artículo 224 de la Ley 599 de 2000 que establece Artículo 224. Eximente de responsabilidad. No será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores quien probare la veracidad de las imputaciones.  Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba:  <u>1. Sobre la imputación de cualquier conducta punible que hubiere sido objeto de sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento o sus equivalentes, excepto si se tratare de prescripción de la acción, y</u>	Juan Carlos Henao Pérez
C-055 de 2010	Febrero 03 de 2010	Inconstitucionalidad contra el artículo 129 (parcial), y otros. "Por la cual se establece: En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos... En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.	Juan Carlos Henao Pérez
C-069 de 2009	Febrero 10 2009	Inconstitucionalidad contra el artículo 371 (parcial) de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".	Clara Inés Vargas Hernández
C-121 de 2012	Febrero 22 de 2012	Inconstitucionalidad contra los artículos 7 y 10, 19, 65 (parciales) de la Ley 1453 de 2011 "Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento	Luis Ernesto Vargas Silva

<b>Sentencias Corte Constitucional</b>			
<b>Sentencia</b>	<b>Fecha</b>	<b>Demanda</b>	<b>Magistrado ponente</b>
		Penal, el Código de la Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones”.	
C-152 de 2004	Febrero 24 de 2004	Inconstitucionalidad contra el Art. 127 (parcial) de la Ley 600 de 2000	Jaime Araújo Rentería
C-1194 de 2005	Noviembre 22 de 2005	Inconstitucionalidad contra el artículo 344 de la Ley 906 de 2004	Marco Gerardo Monroy Cabra
C-774 de 2001	Julio 25 de 2001	Inconstitucionalidad contra los artículos 388, 396, 397, 398, 399, 400, 403, 404 a 409, 417, 418 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 354 a 367 de la Ley 600 de 2000.	Rodrigo Escobar Gil
C-370 de 2006	Mayo 18 de 2006	Inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, y contra la ley en su integridad.	Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández
T - 174 de 2013	Abril 01 de 2013	Tutela derecho a la salud, afiliada a la EPS Cafesalud	Jorge Iván Palacio Palacio

Fuente: Elaboración propia.

Un rastreo de pronunciamientos en los cuales la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia aplico la teoría de la carga dinámica de la prueba, lleva, en primer lugar, a la sentencia de abril 9 de 2008, en el cual resolvió los sendos recursos de casación interpuestos por la Defensa y la Fiscalía en contra del fallo de fecha agosto 24 de 2004, proferido por la Sala Penal de Descongestión del

Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la causa adelantada en contra de la señora María Mercedes Gómez Gómez, por el concurso delictual de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares. Los hechos tuvieron ocurrencia el 5 de septiembre de 2002 y el proceso se situó conforme a la Ley 600 de 2000.

En su decisión, la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia recurrida, condenando a la procesada, además, por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares (ya había sido condenada, tanto en primera como en segunda instancia, por el punible de lavado de activos); en consecuencia, aumentó la pena de prisión, así como las accesorias de interdicción de derechos públicos y políticos, y el monto de la condigna multa.

En lo concerniente, la Corte aplicó la teoría de que se viene hablando para concluir que la señora Gómez Gómez tenía la carga procesal de demostrar quién era el propietario de los dólares que le fueron incautados, de una parte, por estar ella en mejores condiciones de probar este hecho y, de otra, porque el Ente Acusador del Estado no está obligado a realizar demostraciones imposibles. Es así que, en lo pertinente, establece como “la Corte estima necesario acudir al concepto de <<carga dinámica de la prueba>> que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca>> <<Porque, si bien,...., el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígame defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión”.

Señala, a la par, que, “conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, (se) reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal>> <<Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso”.

Visto lo anterior, concluye la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que “el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado – no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste -, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer>> <<Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador”. Aplicando la inferencia realizada al caso concreto, puntualiza la Corte que, “dentro del concepto restringido de carga dinámica de la prueba que aquí se usa, hallándose claro que la procesada era la única de las partes con posibilidad de entregar elementos suasorios encaminados a controvertir la evidencia probatoria surgida de su captura flagrante, fácil se colige que no cumplió con las mínimas

exigencias establecidas sobre el particular, pues, como ya reiterada y pacíficamente lo ha dicho esta Corporación, a la justicia no se le puede pedir imposibles en el campo probatorio”.

La Corte respaldó la condena inferida a la procesada por el delito de lavado de activos, no obstante no haberse probado el origen ilícito del dinero incautado, en la consideración conforme a la cual “para tipificar el delito de lavado de activos, bastaba entonces la demostración de que el sujeto activo de la conducta ocultó o encubrió <<la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes>>, sin necesidad de acreditar con una decisión judicial en firme el delito de donde provenían los recursos ilícitos, pues la actividad ilegal subyacente sólo requiere de una inferencia lógica que la fundamente...”. Agregó, al respecto, que “[l]a inferencia efectuada por el fallador en relación con el comportamiento ilícito subyacente, es, en criterio de la Sala, suficiente para acreditar la existencia de la actividad ilegal fuente del activo decomisado, independientemente de la responsabilidad que tenga o no la procesada en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, pues como lo advierte el Delegado en su concepto, la forma en que la misma llevaba camuflada la representativa cantidad de US \$107.200 en unos elementos en apariencia inocuos, es indicativa de que al menos alguien ya había obtenido un enriquecimiento ilícito, ya que el manejo subrepticio de esos montos en efectivo no suele corresponder al de personas dedicadas a negocios lícitos”. Con base en este razonamiento, se tuvo por configurado el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, en relación con el cual se condenó a la señora MARÍA MERCEDES GÓMEZ GÓMEZ en el fallo de casación, como se señaló.

No deja de llamar la atención que, a pesar de la decisión que se toma, como se dijo, sobre el fundamento de que se presume el origen ilícito de los bienes incautados, cuando el procesado no demuestra lo contrario, además de que se le presume propietario, si, pudiendo hacerlo, no demuestra no serlo – como se dijo,

en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba -, la decisión esté antecedida de consideraciones relacionadas con la presunción de inocencia y su carácter principal en el proceso penal.

Así, en la página 36 del fallo que se comenta, se señala, entre otras cosas, que “[a]ntes de abordar el punto propuesto por el demandante, considera la Sala necesario recordar que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos...>> <<Ese principio fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como *onus probandi incumbit actori*, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación>> <<Bajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia, pues ello conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, ya que, se reitera, es el ente acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Ello significa, a la luz del principio del *in dubio pro reo*, que si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor”.

Más aún, en la página 39 se recaba en que “la responsabilidad penal en el delito no puede sustentarse en una <<presunción>> porque como ya se anotó, la de <<inocencia>> a favor del imputado opera como constante durante todo el proceso penal, como garantía de que no podrá ser condenado si no se ha desvirtuado esa presunción por parte del organismo judicial competente con pruebas legal y oportunamente allegadas”.

En relación con este fallo, SEBASTIÁN BETANCOURT RESTREPO encuentra “serias lesiones al derecho a una defensa material, ya que el procesado debe defenderse no solo de la acusación del lavado de activos sino también de otro delito inexistente en el pliego de cargos y que puede ser indeterminado, pues...se estructura simplemente con la no demostración del origen legal de los bienes (se refiere al de enriquecimiento ilícito de particulares). También se conculca la presunción de inocencia, pues la ilegalidad del dinero blanqueado parte de una simple inferencia que hace el juzgador y que no atiende al desarrollo probatorio dado al interior de la actuación, pues la alteración en el onus probandi se produce ante la imposibilidad de la Fiscalía de demostrar con certeza la proveniencia ilegítima del dinero. Esto último constituye una seria transgresión al debido proceso probatorio, y al in dubio pro reo, ya que las dudas que se ciernen sobre el origen del dinero se resuelven a favor de la acusación”. Se resume la crítica en cuestión, a que una “parcializada e incompleta”, interpretación y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en este caso, allana el camino de la acusación a costa de una grave vulneración de los derechos inherentes a la defensa. Esta sentencia fue producida en vigencia del sistema de tendencia inquisitiva.

Por otra parte, en lo que respecta a la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba para casos regidos por la ley 906 de 2004, en sentencia 31103, de marzo 27 de 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia casó el fallo absolutorio de septiembre 22 de 2008, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, condenando al señor JULIO CÉSAR PALACIO por los delitos de acceso carnal violento e incesto, tras considerar que, contrariamente a lo sostenido en la sentencia demandada, obraban en el plenario suficientes pruebas respecto de la ocurrencia de los hechos denunciados en su momento y de la responsabilidad del procesado al respecto.

En lo relacionado con el tema del presente trabajo, la Corte Suprema de Justicia, aludió a lo señalado en la mencionada sentencia de abril 9 de 2008, en el sentido de que corresponde a la defensa la carga de aportar las pruebas tendientes a controvertir las pruebas de cargo presentadas por el Ente Acusador del Estado, en aplicación de la carga dinámica de la prueba.

En otras palabras, la carga dinámica de la prueba se aplica ante la necesidad de la defensa de controvertir adecuadamente las pruebas de cargo presentadas por la Fiscalía. Por ende, en la sentencia en comento, se menciona que “no cabe duda de que en un sistema democrático de derecho como el que nos rige, la carga de la prueba, en tratándose del proceso penal, corresponde al Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación”, agregando que “un sistema acusatorio como el que actualmente se consagra en la Ley 906 de 2004, necesariamente se halla imbuido del Principio Acusatorio, bajo cuya férula corresponde a la fiscalía formular la acusación cuando estima que posee los elementos suasorios suficientes para demostrar en juicio la responsabilidad del procesado>> <<Es claro, de igual manera, que a pesar de su connotación adversarial, a la defensa se le permite desarrollar su particular teoría del caso a través de un comportamiento pasivo o inercial cuya legitimidad reposa, precisamente, en el hecho de que la carga de demostrar la responsabilidad penal compete a la Fiscalía, al tanto que el acusado se halla prevalido, como imperativo constitucional que además reproduce normas internacionales, del principio de presunción de inocencia, acompañado de su correlato in dubio pro reo”.

No obstante lo anterior, “[i]ncluso dentro de los parámetros de la Ley 600 de 2000, que, se recuerda, contempla dentro del sistema mixto acogido allí, una verdadera actividad judicial del Fiscal durante la fase de la instrucción, al punto de obligarlo, dentro del presupuesto de investigación integral, a allegar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado (art. 20), existen limitaciones a esa carga probatoria, demandando del procesado o su defensor, en los casos en los cuales

el ente investigador ha allegado pruebas de cargos suficientes, adelantar su propia tarea demostrativa para desvirtuarlas, en seguimiento del principio de Carga Dinámica de la Prueba...”.

Se precisa, finalmente, que “[n]o sobra recalcar que el concepto de carga dinámica de la prueba opera de manera asaz restringida, dado que el sistema penal consagra límites precisos para su aplicación, en atención a esa obligación estatal de derruir la presunción de inocencia erigida como imperativo constitucional a favor del procesado. Ha sido esa la razón para que el instituto haya tenido desarrollo en áreas eminentemente privadas del derecho, como las que competen a la rama comercial o administrativa y solo en eventos puntualísimos, como se dijo, pueda tener operancia en el campo probatorio penal”.

Es claro que, una vez más, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confunde “carga de la prueba en sentido clásico” con “carga dinámica de la prueba”, pues de lo que se trata es de que la defensa desvirtúe o al menos controvierta las pruebas de cargo presentadas por la fiscalía, lo cual obedece al concepto clásico de carga de la prueba presente en cualquier sistema probatorio moderno y otra cosa muy diferente es, en los términos señalados en el Capítulo Primero de este trabajo, que la defensa deba probar, por estar en mejores condiciones, hechos que puedan atentar contra la presunción de inocencia que ampara al procesado.

En el mismo sentido, en el fallo de mayo 13 de 2009 , mediante el cual la Corte Suprema de Justicia casa la sentencia de fecha 21 de agosto de 2008, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenando al señor ORLANDO ISAZA ESTRADA por el delito de omisión de agente retenedor y recaudador, acude a la teoría de la carga dinámica de la prueba, confundiendo las tesis clásicas sobre la carga de la prueba, para señalar que el procesado faltó a su carga procesal de probar las afirmaciones realizadas,

durante la audiencia pública de juzgamiento, en el sentido de que los dineros recaudados por concepto del IVA y declarados como tal, fueron usados en otros menesteres, en atención a la difícil situación económica por la que atravesaba la empresa, añadiendo que, respecto de los demás dineros, nunca fueron recaudados por él, pues se trataba de ventas a crédito que no fueron cubiertas por los compradores.

Para realizar su exposición al respecto, comienza la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por recordar que “la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos>> <<Ese principio fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como *onus probandi incumbit actori*, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación”.

Realizada esta precisión, agrega la Corte Suprema de Justicia que, “[b]ajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia, pues ello conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, ya que, se reitera, es el ente acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Ello significa, a la luz del principio del *in dubio pro reo*, que si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor”.

No obstante lo anterior, “si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión”.

Se introduce así en el discurso el concepto de “carga dinámica de la prueba”, bajo la consideración de que “[e]l anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de <<carga dinámica de la prueba>>, que ya ha sido desarrollado por la Sala (se cita una vez más el Fallo de casación del 9 de abril de 2008, radicado No. 23.754) (,) reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, posibilita que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella>> <<Lo anterior, porque dentro de criterios lógicos y racionales no puede desconocerse que la dinámica de los acontecimientos enfrenta a la judicatura en muchas de las veces a situaciones en las cuales se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor, que los invocan para demostrar circunstancias que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, y que por lo tanto es a ellos a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan”.

Concluye la Corte manifestando que, “[p]or eso, dijo la Sala en el antecedente citado, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado – no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste -, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer>> <<Porque, ha de reiterarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador”.

Es evidente, se repite, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confunde el postulado básico de la carga dinámica de la prueba, conforme al cual, bajo principios de buena fe, solidaridad y colaboración con el aparato judicial del Estado, corresponde la prueba de un hecho a quien esté en mejor condición de hacerlo, con el postulado clásico del “onus probandi”, según el cual corresponde la prueba del hecho a quien pretende ampararse con los efectos de una determinada norma jurídica. En efecto, demostrada la ocurrencia del hecho delictual y la participación del procesado en su acaecimiento, corresponde a éste desvirtuar las pruebas de cargo o probar una causal de atipicidad, antijuridicidad o eximente de culpabilidad, en el evento de que la hubiese alegado.

A su vez, en fallo de octubre 29 de 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al inadmitir la demanda de casación presentada por la defensa del señor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ MUÑOZ contra la sentencia de segundo grado, proferida el 30 de abril de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmatoria de la que lo condenó como

autor del delito de falsa denuncia, abordó el tema de la carga dinámica de la prueba, para lo cual, en primer término, señaló que, “conforme lo ha precisado la Corte en otras oportunidades, dentro de la lógica del sistema de adversarios que rige la ley 906 de 2004, en el que cada parte tiene la carga procesal de demostrar los supuestos de sus pretensiones, era necesario que la defensa del procesado en el desarrollo del juicio oral el <sic> desvirtuara los cargos, o por lo menos planteara una duda razonable acerca de la misma, aspectos en los que radica la denominada carga dinámica de la prueba”. En soporte de esta afirmación, se citó extensamente la mencionada sentencia de fecha marzo 27 de 2009.

En sentencia de fecha mayo 25 de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia define, en los siguientes términos, la “teoría de la carga dinámica de la prueba”: “La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de la carga dinámica de la prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia”.

Varios comentarios suscita este pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema en cuestión. En primer lugar, que ni en este sistema ni en el anterior sistema procesal penal, la actitud de la defensa fue pasiva, pues siempre le ha asistido y le asistirá el interés de probar los hechos eximentes de responsabilidad, cuando el ente acusador del Estado no pueda o no quiera, probarlos o demostrarlos.

En segundo lugar, tanto en este como en el anterior sistema procesal penal las cargas probatorias están bien distribuidas: A la fiscalía corresponde probar la ocurrencia del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado en su ocurrencia, mientras que a este último, le interesa demostrar que el hecho no ocurrió, que si este ocurrió, él no fue su autor y que aun habiendo sido el autor, en su comportamiento se dio cita una causal eximente de responsabilidad.

En tercer lugar y quizás esto es lo más importante, si bien el artículo 5º de la Ley 906 de 2004, ya comentado, impone al funcionario de conocimiento el deber de buscar la verdad, el principio de presunción de inocencia se convierte en un límite infranqueable, según el cual, aunque el acusado conozca la verdad de los hechos y dicha verdad lo condene, no está obligado a probar lo que puede perjudicarlo. Con ello, no se le puede obligar a probar lo que solo él puede probar o está en facilidad de hacer, como se desprende de la “teoría de la carga dinámica de la prueba”. Conforme a lo señalado, la alusión que a esta teoría se hace en el fallo que se comenta, deviene incorrecta.

Por otro lado, aunque se sostenga lo contrario, en los siguientes apartes de la sentencia no se hace nada diferente a referirse a la “carga de la prueba”, como corresponde en cualquier sistema dispositivo – como podría ser el “sistema adversarial moderado” de la Ley 906 de 2004 -, no a la “carga dinámica de la prueba”. En efecto, se señala que “[e]n un sistema procesal acusatorio en el que no rige el principio de investigación integral, es claro que la actividad probatoria de la fiscalía y la tarea de desvirtuar dicha presunción, se agota con la demostración de los hechos en los que funda la acusación, al igual que la ejecución de los mismos en cabeza del acusado, así como el conocimiento que debe expresar a la defensa acerca de la existencia de un medio de convicción favorable a sus intereses. De allí que la defensa adquiera el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación, pues de lo

contrario el procesado se expone a una condena”. En este orden de ideas, no cabe en el diseño del proceso de la Ley 906 de 2004 la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, no obstante la obligación que pesa sobre el Órgano Investigador Estatal de hacer entrega a la Defensa de los medios probatorios favorables al encartado que llegue a encontrar en el proceso de investigación criminal.

En efecto, no hay allí nada diferente al palpito de la “carga de la prueba”, definida por JAIRO PARRA QUIJANO, como se indicó en el anterior capítulo, como “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos....no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte”. Corresponde a la Fiscalía la carga de probar la ocurrencia de un hecho tipificado como delito, así como su autoría por parte del encartado, además de la responsabilidad de éste, en los términos señalados en las normas penales, sustanciales y procesales, pertinentes, mientras que a la Defensa corresponde probar, si lo alega, que el hecho no ocurrió, que aun habiendo ocurrido no constituye delito, o que habiendo ocurrido y siendo delito, el procesado no fue su autor o lo fue, más en su actuar concurre alguna causal excluyente de responsabilidad, todo ello, igualmente, de acuerdo con las normas aplicables al caso.

Y más adelante, “por ello y a pesar de la presunción de inocencia, no puede negarse la existencia de un interés del acusado (presupuesto básico para hablar de carga de la prueba formal) en acreditar los hechos que se opongan a la pretensión acusatoria. Por supuesto dicho interés surge una vez que la acusación

haya aportado pruebas de cargo, en cuyo caso su pasividad, será causa suficiente de una sentencia condenatoria”. La misma Corte reconoce que está hablando de “carga de la prueba formal” u “ordinaria”, no de “carga dinámica”.

Esta imprecisión ni siquiera se supera con afirmaciones según las cuales: “Este tema ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte en los términos antes enunciados, pues se ha destacado que la carga de la prueba debe entenderse desde una perspectiva formal y material, según la cual a las partes les corresponde probar sus afirmaciones o negaciones, hechas al interior del proceso, y de no hacerlo, se generan consecuencias adversas. Y aunque una afirmación en tal sentido, no correspondería en principio con el proceso penal dada la oficiosidad que lo rige, al igual que la presunción de inocencia que cobija al acusado, ello no quiere decir que la parte acusada tenga que asumir una actitud pasiva frente a las pruebas de cargo del acusador; el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia”.

Destaca en este punto una nueva imprecisión en la exposición realizada por la Corte, en el sentido de que el hecho de que la Fiscalía no esté llamada a realizar una investigación integral de los hechos, correspondiendo a la Defensa probar los hechos favorables al imputado, en el caso de que la Fiscalía pruebe adecuadamente la acusación, significa una introducción en el proceso penal de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, lo cual representa simplemente la introducción de la carga de la prueba en sentido clásico, lo cual no constituye una novedad del proceso penal de la Ley 906 de 2004, pues de la misma forma

operaba en el proceso de la Ley 600 de 200, no obstante el poder probatorio oficioso de que allí estaba dotado el juez del caso.

Se reitera, de otra parte, lo comentado párrafos atrás, en el sentido de que el aporte de los medios de convicción de aquello que le conviene demostrar a cada parte, es apenas manifestación del modelo tradicional de carga de la prueba, no del modelo dinámico de que se viene hablando; se reitera, también, que, en virtud del “principio de presunción de inocencia”, el acusado jamás podrá ser compelido a demostrar algo que pueda perjudicarlo.

O esta otra afirmación, que reitera lo dicho: “En manera alguna, el principio de la carga de la prueba implica relevar de la obligación que le compete al Estado, e invertir, en trasgresión de los derechos fundamentales del acusado, la presunción de su inocencia para que ahora, sea a él a quien se le exija probar este aspecto; la carga dinámica de la prueba se aplica no para que al procesado se le demande demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador”. Con todo respeto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aquí no se está hablando de las “cargas dinámicas probatorias”, sino de la simple y llana “carga de la prueba”, entendida en el tradicional sentido del término, tal y como fue expuesto en el capítulo primero de este documento.

Ni siquiera esta afirmación, contenida también en la página 21 del fallo citado, logra desvirtuar lo dicho: “El proceso acusatorio exige de la defensa un mayor despliegue investigativo, pues su labor ya no se limita a esperar que el acusador desvirtúe la presunción de inocencia, sino que asume el rol de rebatir la prueba de cargo de la Fiscalía, no únicamente a partir de argumentos, sino de medios probatorios que cuenten con la idoneidad de desacreditar lo probado por su adversario”. Esto no es nada diferente a la “carga de la prueba” en sentido tradicional.

Y tampoco esta afirmación agrega nada: “Queda claro que al proceso penal acusatorio, en razón de la desaparición del principio de investigación integral, se incorporó el de carga dinámica de prueba con las limitaciones inherentes también de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, y se reitera, el concepto de carga dinámica de la prueba se aplica en el campo penal de manera restrictiva, esto es, en forma alguna para que a la defensa se la requiera a probar lo que compete al Estado por conducto de la Fiscalía”. Se torna al mismo punto: la presencia radial del “principio de presunción de inocencia”, hace, precisamente, inaplicable la “teoría de la carga dinámica de la prueba” en el proceso penal, no importa si asume un carácter inquisitivo, como antes de la Ley 906 de 2004 o moderadamente adversarial, como sucedió con la entrada en vigencia de esta.

De tal suerte, estos argumentos llevan al final del fallo a concluir que, “como se observa, el apoderado de Tautiva Izquierdo fracasó en su deber de desvirtuar la prueba de cargo y demostrar que el hecho atribuido al procesado fue producto de un caso fortuito, tal cual le competía en razón del principio de carga dinámica de la prueba, pues ante la contundencia de los medios de convicción de naturaleza técnico-científica, en manera alguna se puede derivar la posibilidad que el disparo que acabó con la vida de la víctima, haya sido fruto de un accidente o de una acción involuntaria conforme las circunstancias narradas por el acusado, la defensa tenía que ofrecer medios de convicción para desacreditar las pericias, siendo insuficiente para ese propósito el testimonio de WILLIAM ORLANDO TAUTIVA IZQUIERDO, según las razones que ya se expusieron”.

De la misma manera, en la sentencia de junio 29 de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acude a la teoría de la carga dinámica de la prueba, para señalar que el señor RICARDO IGNACIO LÓPEZ VERGARA no contravirtió las pruebas allegadas al proceso en su contra; motivo por el cual lo encontró responsable del delito de concusión, revocando el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

En lo pertinente, señaló la Corte que, “[t]oda vez que el material de convicción existente en estas diligencias conlleva a pensar de manera lógica y razonada que el acusado fue quien dio información sobre su ámbito personal y familiar a quien actuaba como víctima, corresponde a la defensa desvirtuar tal indicio en aplicación del llamado principio de carga dinámica de la prueba”, agregando que “correspondía a la defensa material y técnica controvertir la inferencia lógica hecha por la fiscalía sobre el conocimiento que tenía el denunciante de los amigos y cercanos, frente a lo cual se afirmó en la indagatoria que <<no me explico cómo este señor obtuvo el nombre de mi señora, es imposible que yo le dé el nombre de mi esposa>> (Folio 145 Cuaderno Original) y puntualizó que tal vez algún funcionario de la fiscalía había dado esta información privilegiada”. En apoyo de sus afirmaciones, cita la Corte una vez más el fallo de abril 9 de 2008.

De esta manera, se reitera, en una equivocada interpretación y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, ante una suerte de “inversión”, por así llamarlo, dado que, en opinión del juzgador, la acusación logró desvirtuar probatoriamente la presunción de inocencia, correspondía al extremo pasivo de la actuación desvirtuar, a su vez, las pruebas de cargo; tesis propia del concepto clásico de carga de la prueba.

Lo anotado hasta ahora emerge con mayor claridad en el fallo de fecha octubre 19 de 2011, en la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirma la sentencia de fecha junio 1º de 2011, mediante la cual la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia condenó al señor EDER JOEL PARRA ESPINOSA por el delito de falsedad ideológica en documento público, tras considerar, entre otras cosas, que la defensa no cumplió con la carga dinámica de refutar las pruebas allegadas para configurar la acusación, en concreto, los documentos contentivos de las falsedades materia del proceso.

En clara cita, en la cual se confunden una vez más los postulados de la teoría clásica de la carga de la prueba y la teoría de la carga dinámica de ésta, la Corte aduce que "resulta pertinente aclararle al apelante que, conforme lo ha precisado la Corte en otras oportunidades, dentro de la lógica del sistema de adversarios que rige la ley 906 de 2004, en el que cada parte tiene la carga procesal de demostrar los supuestos de sus pretensiones, era necesario que la defensa del procesado en el desarrollo del juicio desvirtuara los cargos, o por lo menos planteara una duda razonable acerca del delito o de la responsabilidad de su asistido, aspectos en los que radica la denominada carga dinámica de la prueba".

En idéntico sentido, en fallo de abril 25 de 2012, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acude a la teoría de la carga dinámica probatoria, en el sentido que ha venido siendo puesto de presente, para casar el fallo absolutorio de fecha 28 de julio de 2009, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar, condenando al señor EDINSON RAFAEL ANILLO RODELO por el delito de hurto agravado por la confianza.

En esta ocasión, la Sala se ve precisada a afrontar el tema de que trata la teoría en cuestión, en cuanto el censor aduce que "el yerro del Ad quem se ocasionó porque después de aceptar <<la existencia del delito (de) HURTO, anotó que hubo un error en el manejo de la prueba de confesión que se hizo por la primera instancia, pues se llegó a revertir la carga probatoria, siendo que no le correspondía al procesado la prueba de la exculpante aducida sino al estado atendiendo el principio de presunción de inocencia>>...".

Dado lo anterior, sostiene la Corte que, "[a]l respecto, de forma por demás decantada, tanto la jurisdicción constitucional como la ordinaria penal se han ocupado de reiterar que el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 Superior abarca el reconocimiento general de que una persona sometida a investigación o juzgamiento por la presunta comisión de una conducta

punible, se reputa inocente hasta el mismo momento en que por sentencia en firme se desvirtúa tal garantía con la declaración de culpabilidad, conforme a las pruebas que legal y oportunamente hayan sido allegadas al proceso>> <<Tal axioma, por lo tanto, contrae la obligación para el Estado, en ejercicio de su poder jurisdiccional, de procurar el recaudo y la práctica de los medios de convicción indispensables para que la pretensión invocada en la acción penal por el órgano acusador, tenga el soporte necesario para que el juez de conocimiento emita el juicio de reproche correspondiente”.

Realizada la anterior precisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en forma por demás magistral, precisó que, “correlativamente, el núcleo esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia releva al sujeto investigado de aportar pruebas tendientes a demostrar que la infracción penal no existió o la ausencia de responsabilidad en la misma a cualquier título, porque, se insiste, la carga de la prueba se radica en cabeza del ente acusador>> <<Este apotegma se complementa a su vez con el principio in dubio pro reo, ya que ante la duda acerca de cualquiera de los elementos del delito..., se impone la prevalencia de la incertidumbre y la consecuente absolución del implicado”.

Continuando con su exposición sobre el punto, la Corte manifiesta que “[e]n el sistema regido por la Ley 600 de 2000, este deber se torna intenso si se considera que conforme al artículo 234, que prevé el principio de investigación integral, <<[e]l funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia>> <<Con todo, la Sala ha admitido que en ciertos casos, cuando quiera que la Fiscalía haya cumplido con el rol probatorio asignado, es viable aplicar el concepto de la carga dinámica de la prueba, según el cual, los medios de persuasión deben ser aportados por quien

esté en mejor capacidad de hacerlo, dada la dificultad que en algunas oportunidades representa para el agente estatal abarcar el tema de prueba”.

Finaliza la Corte Suprema de Justicia señalando que, “[e]s así que, como regla general, el órgano investigativo es el que debe probar con medios lícitos y legales que la persona acusada de participar en una conducta ilícita es responsable, para de esta manera desvirtuar la presunción de inocencia que precede cualquier imputación; pero excepcionalmente, entonces, es viable acudir a las cargas probatorias dinámicas”.

Aterrizando los anteriores postulados teóricos al caso en concreto, la Sala adujo que, “en efecto, si bien como se anotó atrás, la Fiscalía no solo estaba obligada a recopilar todos los elementos de convicción tendientes a acreditar la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del implicado en orden a derruir la presunción de inocencia sino a recaudar los medios de prueba que pudieran favorecerlo (circunstancias de atenuación punitiva o de ausencia de responsabilidad) – esto último en vigencia de la Ley 600 de 2000 por virtud del principio de investigación integral -, lo cierto es que cuando el ente acusador logra probar con contundencia la comisión o la participación del investigado en el reato, en el procesado concurre el deber de ejercer el derecho de contradicción aportando o solicitando la práctica de todos aquellos elementos de persuasión tendientes a favorecer una decisión absolutoria por inocencia o duda probatoria”.

Se agrega, en el mismo sentido y con mayor precisión, que, “de un lado, se tiene que, tal como lo predicó el juez de primer nivel y lo reiteró el censor, ante la prueba fehaciente de que siendo el procesado, la persona designada por Electrocosta para recaudar el dinero del servicio público de los municipios de Zambrano y Bolívar, se detectó un faltante respecto a las sumas a él confiadas, contrario a lo predicado por el fallador de segunda instancia, era al acusado y/o a su defensa técnica a quienes les correspondía demostrar que la justificación

esgrimida, consistente en presuntas presiones de miembros de las autodefensas orientadas a que les entregara el dinero recaudado para financiar su causa criminal, excluía su responsabilidad en el injusto, la que al parecer se quiso adecuar a alguna de las circunstancias descritas en el artículo 32 de Código Penal, pero que nunca se invocó en su estricto contenido”. Y en el mismo sentido, “[a]unque el expediente informa que el procesado aportó copia de algunas denuncias penales que daban cuenta de varios atracos que sufrió tanto en la oficina de recaudo como al transportar el dinero durante los años 1998, 1999 y 2000 por parte de grupos al margen de la ley (Cfr. folios 207-213 de la carpeta principal) y que con los testimonios de JOSÉ DE JESÚS SERRANO THERÁN y NÉSTOR SIERRA MARTÍNEZ (Cfr. folios 201-202 ibídem) se dio cuenta de la delicada situación de orden público de la región desde el año 1996, del desplazamiento forzado al que fueron sometidos la mayoría de los habitantes del municipio de Zambrano, de las continuas extorsiones sufridas por los comerciantes del lugar a manos de miembros de las AUC y las FARC quienes les exigían dinero proveniente de sus negocios para sostener tales organizaciones criminales, de la situación de zozobra y del desamparo por parte de las fuerzas del orden que sólo se preocupaban por su propia seguridad, lo incuestionable es que no hay un solo indicio conclusivo que permita inferir que EDINSON RAFAEL ANILLO RODELO fue sometido a una coacción ilegal e irresistible capaz de obligarlo a actuar antijurídicamente>> <<Nótese como...no obra ningún testimonio en la actuación – que podría ser familiar o conocido inclusive, dado que el procesado aduce que la intimidación se produjo en su casa de habitación en horas de la noche - que narre la presencia del presunto miembro del grupo armado al margen de la ley en su residencia y mucho menos de las presuntas amenazas de muerte contra él y su familia”.

Concluye el punto la Corte, con la manifestación según la cual, “en el caso de la especie, es perfectamente viable acudir al concepto de la carga dinámica de la prueba pues es evidente que el Estado demostró con idoneidad la responsabilidad

penal del procesado en la conducta punible que se le endilga, o sea satisfizo la carga probatoria necesaria para que los juzgadores pudieran elaborar el juicio de reproche respectivo y en ese orden, a la defensa y a su representado le era exigible que aportara medios de conocimiento contundentes para desacreditar la acusación>> <<Además, no obstante que dicho reintegro es parcialmente reconocido por Electrocosta, pues en los descargos disciplinarios únicamente le imputó el retardo en la consignación de lo recaudado entre los meses de diciembre de 2000 a agosto de 2001 pero luego, en el 2002 formuló denuncia penal por la pérdida de dineros confiados a su empleado cuya cuantía se tasó con carácter definitivo en el informe contable del CTI por valor de \$5.921.196, ni el procesado ni su defensa, acreditaron el pago total del dinero a la empresa, siendo que por virtud de la carga dinámica de la prueba estaba en mejor posición de probarlo que la Fiscalía - que había demostrado la materialidad de la conducta punible y su participación en la apropiación del dinero”.

En sentencia de fecha octubre 31 de 2012 , a través de la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se abstuvo de casar el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, condenando, entre otros, a los señores SAID ALBERTO RUBIANO MIRANDA Y GERMÁN GÓMEZ ORREGO, por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, queda en evidencia la razón por la cual la Corte confunde los postulados básicos de la carga de la prueba tradicional y la teoría de las cargas dinámicas probatorias, para explicar cómo no es dable que en sede de casación, la defensa pretenda cuestionar la valoración realizada por los juzgadores de instancia, cuando, en su momento, no aportó las pruebas necesarias para refutar las probanzas soporte de la acusación respectiva, que condujo a la condena demandada.

En efecto, con cita de las ya comentadas sentencias de fecha 9 de abril de 2008 (radicación 23754) y 13 de mayo de 2009 (radicación 31147), manifestó la Corte

que “[l]a Sala ha señalado que en los procesos por conductas punibles en las cuales la defensa alude a hipótesis susceptibles de desvirtuar la teoría del caso elaborada por la Fiscalía, pero cuya verificación o refutación sería de muy difícil (si no de imposible) obtención para el Estado, es obligación de aquélla, en virtud del criterio excepcional de carga dinámica de la prueba, soportar con medios probatorios los fundamentos de tal pretensión”.

Sostiene la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en desarrollo de la idea, que “[l]o anterior es aplicable, generalmente, en delitos como el lavado de activos y el enriquecimiento ilícito de particulares. En estos casos, si la Fiscalía edifica una teoría condenatoria plausible acerca de los hechos por los cuales llamó a juicio, debidamente apoyada en los medios de conocimiento que hay en el expediente, a la defensa no le será posible, en los alegatos de conclusión, en la apelación de la sentencia, ni menos en sede del extraordinario recurso de casación, acudir a explicaciones o a hipótesis divergentes, así se adviertan en principio como no irrazonables, si en las etapas respecto de las cuales operó el principio de preclusión era la única o la mejor llamada a sustentar mediante pruebas los enunciados fácticos que las integraban>> <<Sólo cuando la hipótesis sostenida por el organismo acusador sea manifiestamente contraria a derecho, o abruptamente desatinada en lo fáctico, podrá ser refutada desde el punto de vista argumentativo por el procesado o su defensor, esto es, sin haber tenido que acudir a una teoría alternativa, fundada en pruebas, que explique racionalmente lo sucedido”.

Aplicando lo discurrido al caso concreto, concluyó la Corte que el casacionista, “[p]or un lado, propuso enunciados teóricos, la mayoría de las veces bajo la estructura de reglas de la experiencia, con el fin de refutar los argumentos condenatorios del Tribunal. De esta forma, expuso que tanto en el incremento patrimonial como en la financiación del complejo turístico Las Gaviotas incidieron varias circunstancias, entre otras, la visión para los negocios, la creación de una

empresa de personas cercanas, la evasión tributaria, la negligencia administrativa y las diversas gestiones del procesado a modo de comerciante o de prestamista. Todo ello, siguiendo con el demandante, podía explicar la diferencia de valores, los informes contables, los numerosos ingresos en las cuentas bancarias y demás aspectos con los cuales fueron contruidos los fallos de condena>> <<Sin embargo, eran enunciados con contenido fáctico que, a la luz de las conclusiones probatorias del Tribunal, necesitaban a su vez de otros soportes no hipotéticos, sino de igual índole. A esta altura del debate, no es posible presentar argumentos en abstracto, a pesar de su aparente racionalidad, sino sobre la base de las teorías confrontadas durante la actuación, y de las pruebas en las que cada una se respaldaba para refutar a la otra”.

Para finalizar, anota la Corte cómo, “[e]n síntesis, la Fiscalía construyó, según las instancias, una teoría lógica y razonable, en el sentido de que, por un lado, el incremento patrimonial del procesado no sólo era injustificado, sino que se originó en actividades delictivas; y que, por el otro, la construcción del complejo turístico Las Gaviotas fue una maniobra para encubrir el dinero proveniente de ese enriquecimiento ilícito. Pero ahora el profesional del derecho pretende demostrar que el fallo impugnado contradice la Constitución Política y la ley con una postura poco convincente: que a esas aserciones se les hubiera podido anteponer otras que jamás se han visto apoyadas en medios de prueba diferentes a la sola versión, pese a que el procesado gozaba de una situación excepcional para hacerlo”.

Es necesario llamar la atención en el sentido de que, al margen de la postura jurisprudencial discutible de la Corte Suprema de Justicia, comentada en otros apartes de este informe, según la cual se puede “inferir razonablemente” el origen ilícito de unos bienes con fundamento en “presunciones judiciales”, lo que aquí se resalta es el hecho de que la teoría de la carga dinámica de la prueba deviene en una construcción teórica indebidamente utilizada por la Sala de Casación Penal de

la Corte Suprema de Justicia, para cuestionar la postura de la defensa ante el hecho de que la acusación logró desvirtuar la presunción de inocencia, operando, por así llamarlo, una inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual ésta está llamada a desvirtuar las pruebas de cargo.

En el mismo sentido, se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, más para advertir que la defensa cumplió con su carga probatoria dinámica de controvertir las pruebas de cargo, aunque sin éxito, en la sentencia de enero 30 de 2013, a través de la cual confirmó el fallo de octubre 31 de 2012, mediante el cual la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca condenó al señor JORGE ENRIQUE DÁVILA GUERRERO por el delito de falsedad ideológica en documento público.

Al respecto y en lo pertinente, manifestó al Corte que, “en el caso sub judice, esta Sala constata que la defensa del procesado en el desarrollo del juicio se enfocó a desvirtuar el único cargo endilgado al exjuez DÁVILA GUERRERO, esto es, su presunta autoría en el punible de falsedad ideológica en documento público, planteando una duda razonable acerca de la existencia de la conducta delictiva, aduciendo elementos materiales probatorios con potencialidad suasoria acerca de la ausencia de responsabilidad de su asistido, por tratarse de una conducta atípica y no lesiva del bien jurídico de la fe pública, para lo cual aportó documentos en los que se plasmaban manifestaciones externas de arrepentimiento del acusado por haber incurrido, presuntamente, en un comportamiento negligente, imprudente, culposo, más no doloso, producto de una errada percepción de la realidad al que fuera inducido>> <<Dicha hipótesis la reforzó el defensor durante la práctica de las pruebas testimoniales en el juicio oral, específicamente al contrainterrogar a quienes fungieron como secretaria ad hoc, la señora MARTHA ISABEL SEPÚLVEDA, el secuestre, PEDRO MOISÉS MORENO SÁNCHEZ, y la poseedora del inmueble, FANNY ANTONIA ROMERO; pretendiendo demostrar mediante sus dichos que el acusado actuó determinado por una errada evaluación

jurídica del hecho, y que una vez fue advertido de su error, dirigió su comportamiento a revocar el resultado dañino que pudiera ocasionar su conducta”, precisando que, “[d]e esta forma (,) se verifica que la defensa técnica cumplió con los aspectos en los que radica la denominada carga dinámica de la prueba en el sistema adversarial (se cita una vez más la sentencia de marzo 27 de 2009, rad. No. 31.103)...”.

Una posición radicalmente opuesta, y que es necesario relievar, es la asumida en fallo de mayo 11 de 2005, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con motivo de la acción de tutela interpuesta por la señora MARÍA DEL SOCORRO NAUSA DE LARA en contra de la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá D.C., con motivo de una acción de extinción de dominio, en virtud de la cual se le privó del dominio y tenencia de un inmueble, con el argumento de que, por ser la madre de unas personas condenadas como narcotraficantes, dicho bien “se suponía” adquirido con el producto de estas actividades ilícitas, decisión confirmada por la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá D.C.

En el fallo de tutela que se comenta, sobre el fundamento de la doctrina sentada en la sentencia C-740 de 2003, respecto de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el proceso de extinción de dominio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concedió el amparo impetrado, calificando de vía de hecho, por defecto fáctico, las decisiones judiciales materia de éste, tras considerar, entre otras cosas, que, en la citada sentencia, “la Corte Constitucional analizó la teoría de carga de la prueba, sus perfiles y consecuencias, pero sin que ello signifique, como en la misma providencia se advierte, que el Estado se encuentre <<legitimado para presumir la ilícita procedencia de los bienes objeto de extinción de dominio>>, pues tiene la <<obligación ineludible de recaudar un conjunto de elementos de convicción que le permitan concluir que el dominio ejercido sobre unos bienes no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades legítimas y además obedece al ejercicio de actividades ilícitas>>....”.

Se indica, igualmente, que “en el único aparte de la providencia que se refiere al único bien de la señora Lara de Nausa no se expresa un argumento, sino una hipótesis; no una prueba, sino una conjetura; no un indicio, sino una suposición, cuando el Estado, como lo dijo la Corte, para conferirle racionalidad a ese sistema, tiene <<la obligación ineludible de recaudar un conjunto de elementos de convicción que le permitan concluir que el dominio ejercido sobre unos bienes no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades legítimas y además obedece al ejercicio de actividades ilícitas>>...”, agregando que, “[a]sí el propietario de los bienes guarde silencio y ese comportamiento procesal pueda tomarse como un indicio..., no por ello el estado queda exonerado del deber de demostrar que la procedencia de los bienes es ilícita, como quiera que de aceptar otra posibilidad se acuñaría una teoría de la carga de la prueba refractaria al principio de igualdad”.

Se indica, igualmente, que “el Tribunal – como también la fiscalía – no elaboró una construcción mejor e incluso fue más <sic> parco, pues en lo que se refiere a la situación del bien de la señora Nausa de Lara se limitó a indicar que aquella no justificó el origen de sus bienes, ante lo cual habría que preguntar ¿de qué manera se demostró su procedencia ilícita?, siendo que juzgado y tribunal siempre hicieron referencia a la obligación de demostrar la procedencia ilegítima de los bienes, en el sentido, cargas y consecuencias procesales indicadas por la Corte Constitucional en la sentencia C 740 de 2003”.

Si estos argumentos son válidos respecto de una acción real, no penal, como es la de extinción de dominio, con mucha mayor razón lo serán respecto de un proceso penal.

Concluye la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señalando que, “cierto es que en el expediente no queda duda acerca de las actividades delictivas de Jaime Lara Nausa y de algunos de sus familiares, lo cual

precisamente ameritó que se tomaran las decisiones correspondientes frente a los bienes de ellos, pero lo que no se puede hacer es, con base en un dudoso principio de accesoriadad, extender la ilicitud acerca de la procedencia ilícita de los bienes a su madre, por el solo hecho de serlo, mas <sic> que por haberse demostrado que ella también derivó su patrimonio de las actividades ilícitas de sus hijos>> <<Una lógica como la expresada puede ser una lógica de muy buena voluntad, pero no es respetuosa de los principios que hacen de las sentencias de los jueces de un estado de derecho unas decisiones justas, sobre todo sin están fundadas en sucedáneos de la prueba y en intuiciones que responden a criterios meramente éticos y no jurídicos”.

Otra providencia es la sentencia de diciembre 18 de 2013 (Rad. No. 39291) en la cual la Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica de la prueba”, el cual, según esta corporación, tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.

Para dicha Corte el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por

acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador.”

Destaca finalmente la Corte en dicho pronunciamiento que el concepto de carga dinámica de la prueba opera de manera asaz restringida, dado que el sistema penal consagra límites precisos para su aplicación, en atención a esa obligación estatal de derruir la presunción de inocencia erigida como imperativo constitucional a favor del procesado. Ha sido esa la razón para que el instituto haya tenido desarrollo en áreas eminentemente privadas del derecho, como las

que competen a la rama comercial o administrativa y solo en eventos puntualísimos, como se dijo, pueda tener operancia en el campo probatorio penal.

En otro pronunciamiento del 2 de julio de 2013, proceso 37469, en donde la Corte Suprema de Justicia, con el fin de verificar si se reúnen los presupuestos que condicionan su admisión, examina la demanda presentada por el defensor de un hombre que supuestamente había cometido el delito de consumación sucesiva y homogénea de actos y accesos sexuales perpetrados en la humanidad de su sobrina de 8 años de edad.

El defensor en este proceso adujo que se dejó de aplicar el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, en punto de presunción de inocencia e indubio pro reo y con base en tal propuesta, anunció que transcribiría los hechos “destacados en el proceso, y dejados de analizar por el a quo y el ad quem”.

Acto seguido, aseguró que la pequeña víctima mintió, por ese motivo, se le impugnó la credibilidad dos veces, hasta el punto de afirmar que “A no le estaba haciendo nada”, a su turno, la Juez le solicitó al abogado que le explicara la pregunta y la menor dijo que él “no me estaba haciendo nada”.

Con base en lo anotado, sostuvo el jurista, que los funcionarios transgredieron normas internacionales y nacionales al pretender aplicar la carga dinámica de la prueba “casi que ‘obligando’ al investigado” a demostrar su ausencia de responsabilidad; además, expuso, que cuando “hay menores de edad involucrados... es... donde se ve más vulnerada, dicha presunción de inocencia”.

No es legal, agregó, invertir la carga de la prueba, porque al Estado le compete demostrar la responsabilidad penal, elevando “al más alto grado el principio de presunción de inocencia, en acatamiento al orden jurídico, aún más en el presente

caso, “por las tantas anomalías, como las mencionadas y las no mencionadas, porque pupulan y campean por toda la investigación”.

Siendo ello así, las instancias, dejaron de aplicar los artículos 7 y 8,2 de la Ley 906 de 2004, junto con el 29 de la Constitución Política, si se tiene presente que “el diagnóstico de abuso sexual de niñas y niños casi siempre es un difícil desafío para el médico forense”; en consecuencia, agregó, se hace necesario casar el fallo recurrido.

Finalmente, en providencias del año 2014, como por ejemplo, la sentencia de 16 de julio, proceso 44065, en el cual se busca constatar el cumplimiento de las exigencias de argumentación lógica y suficiente en la demanda casacional presentada por el defensor del procesado IWIN YESID SÁNCHEZ, contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 10 de abril de 2014, a través de la cual confirmó el fallo dictado por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad el 10 de octubre de 2013, por cuyo medio lo condenó como autor penalmente responsable del concurso de delitos de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo.

En el cargo examinado en punto de su admisión la Corte observa que, pese a postular la violación directa de la ley sustancial, el demandante se orienta a deplorar falencias en la debida demostración de uno de los elementos constitutivos del delito por parte de la Fiscalía, específicamente, que no se demostró la ausencia de permiso para portar la sustancia incautada, es decir, su disentimiento se orienta a cuestionar el thema probandum, con lo cual ingresa en el discurrir propio de la violación indirecta de la ley sustancial, diversa a la postulación del reproche.

Por tanto, es palmario que si la queja del casacionista apunta a echar de menos la demostración de un componente del punible, debió invocar la violación mediata de la ley derivada, por ejemplo, de un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de la prueba y emprender, desde luego, la correspondiente acreditación. Adicionalmente, se tiene que el recurrente no se ocupa de la noción de carga dinámica de la prueba consustancial al problema que propone, sobre la cual señala esta instancia que es necesario acudir al concepto de 'carga dinámica de la prueba' que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.

Porque si bien el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

Por eso, según la mencionada Corte, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por

éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

## **4. OBJETIVOS**

### **4.1. OBJETIVO GENERAL**

Analizar el alcance de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba y el principio de Presunción de Inocencia (artículo 7º de la Ley 906 de 2004), de conformidad con la interpretación realizada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y la Corte Constitucional

### **4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Estudiar la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el Proceso Penal Colombiano de la Ley 906 de 2004, desde la doctrina, la normativa y la jurisprudencia.
- Identificar la relación existente entre la “carga de la prueba” y el sistema adversarial moderado de la Ley 906 de 2004.
- Evaluar, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, las implicaciones de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el principio de presunción de inocencia.

## 5. PROPÓSITO

Inspiro la realización del presente trabajo el deseo de ofrecer a los juristas en general un elemento de análisis sobre la aplicación de la “teoría de la carga dinámica de la prueba” en el proceso penal de la Ley 906 de 2004, por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y la Corte Constitucional en orden a realizar una evaluación crítica de la misma, teniendo como referencia 1) la “carga de la prueba” en los mencionados procesos, 2) la relación entre esta y los principios que los rigen, particularmente, el de “presunción de inocencia”, y 3) el vínculo que se genera entre la “carga de la prueba” y el Modelo Adversarial Moderado consagrado en el Código de Procedimiento Penal vigente en Colombia. De esta manera, se colaborará en la generación y fortalecimiento de una cultura jurídica de recepción crítica de la jurisprudencia de las Altas Cortes, conforme a la cual las líneas jurisprudenciales sentadas por estas, se acepten o se rechacen con argumentos sólidos, de carácter normativo, doctrinal y jurisprudencial.

## **6. HIPÓTESIS**

En la Ley 906 de 2004, regida por el principio de presunción de inocencia y el in dubio pro reo no tiene aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba. Entendida como que prueba a quien le queda más fácil probar, pues la aplicación de las reglas que componen esta teoría vulnera garantías procesales básicas consagradas en la Constitución para quienes se vean inmersos en un proceso de naturaleza penal.

## 7. METODOLOGÍA

### 7.1. TIPO DE ESTUDIO Y MÉTODO

El método que se aplicó es el cualitativo: la revisión normativa, doctrinal y jurisprudencial que se realizó permitió establecer la existencia de elementos de juicio suficientes para plantear la relación existente entre los aspectos estructurales de la hipótesis formulada.

Se apeló, por ende, a un tipo de estudio “analítico”, toda vez que i) se especificaron las propiedades más sobresalientes de los elementos mencionados, desde los puntos de vista normativo, doctrinal y jurisprudencial; ii) se enfatizó en la relación existente entre los principios del sistema adversarial moderado y la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba; y finalmente, iii) se estableció la relación entre estos elementos, en orden a establecer el impacto o influencia de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba, específicamente, sobre el principio de “*presunción de inocencia*”.

Como se trataba de estudiar el fenómeno elegido, partiendo de la descomposición en cada una de sus partes (principios del sistema adversarial moderado y Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba), para estudiarlas en forma individual, integrándolas posteriormente, en búsqueda no sólo de la relación entre estas, sino de medir el impacto de la segunda sobre la primera, para estudiarlas de manera holística e integral, se utilizó un “*método cualitativo de característica analítico-sintético*”.

## **7.2. POBLACIÓN**

La población objeto de estudio estuvo constituida por algunas de las sentencias de casación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional, las cuales fueron objeto de análisis y tuvieron en cuenta las variables de carga de la prueba en el proceso penal y su relación con la presunción de inocencia.

## **7.3. DISEÑO MUESTRAL**

Las providencias y otras que posteriormente se pudieron incorporar al análisis, arrojaron los argumentos con base en los cuales la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha echado mano de la “*teoría de la carga dinámica de la prueba*”, permitiendo, una vez identificados y a la luz de los fundamentos teóricos del modelo adversarial moderado de la Ley 906 de 2004, los principios que lo rigen, la forma como allí opera el derecho de defensa y lo relacionado con la “*carga de la prueba*”, establecer unos criterios de evaluación de dicho ejercicio jurisprudencial, en orden a fijar una posición crítica al respecto.

## **7.4. DISEÑO DEL PLAN DE DATOS**

### **7.4.1. Gestión del dato**

Por tratarse de una revisión bibliográfica de sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional a estas se pudieron acceder a través de Internet, en el sitio web de la mencionada Sala. De otra parte, la bibliografía sobre normas, doctrina y jurisprudencia relacionadas con el tema de la “*teoría de la carga dinámica de la prueba*” y su relación con el

sistema adversarial moderado de la Ley 906 de 2004, fue consultada en las bibliotecas de la ciudad, especialmente en las de las universidades tanto públicas como privadas. Como la Universidad Tecnológica del Choco y la Universidad de Medellín.

#### **7.4.2. Obtención del dato**

El proceso de obtención de datos, tanto en las "*fuentes primarias*" (sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia) como "*secundarias*" (obras relacionadas con el tema), es sumamente sencillo. Se realizó la búsqueda bibliográfica, se extrajeron las ideas pertinentes y, por último, se sistematizó toda la información.

#### **7.4.3. Recolección del dato**

Teniendo claro que lo que se pretendió fue establecer unos criterios de evaluación sobre la forma como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han aplicado la "*teoría de la carga dinámica de la prueba*" en los procesos de la Ley 906 de 2004, se buscó la mayor parte de pronunciamientos pertinentes, así como la información disponible sobre el sistema adversarial moderado de la Ley 906 de 2004, los principios que lo rigen (especialmente, los de "*presunción de inocencia*" e "*in dubio pro reo*"), la forma cómo allí se ejerce el derecho de defensa y lo relacionado con la "*carga de la prueba*" al interior del proceso.

Esta información se recolectó directamente por la autora proyecto y, como se dijo en líneas anteriores, está disponible en el sitio web de la Sala de Casación Penal

de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional sobre la carga dinámica de la prueba así como en las bibliotecas de la ciudad.

#### 7.4.4. Control de sesgos

En el presente caso no se presentaron sesgos en la relación entre sujeto y objeto de investigación (ni de información, ni de selección ni de confusión), por cuanto, de una parte, la recolección y procesamiento de la información se hizo directamente por parte de la autora de la investigación, mientras que, de otra, el objeto de investigación no estuvo sometido a influencia de externalidad alguna, toda vez que se trató de un objeto consumado, una posición jurisprudencial, objeto de análisis y evaluación. Este análisis y evaluación permanecerá vigente, mientras la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no cambie de criterio respecto del tema que se estudió. En este sentido, las variables de la investigación estuvieron presentes y permanecen inalteradas, ya que se trató de un hecho acabado, debidamente documentado y objeto de análisis a posteriori.

#### 7.5. PLAN DE ANÁLISIS

**Tabla 3. Plan de Análisis**

MEDIR	INSTRUMENTOS UTILIZADOS	COMENTARIOS Y/O CONCLUSIONES
El alcance de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el principio de Presunción de Inocencia, de conformidad con la interpretación realizada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.	Revisión bibliográfica y documental de normatividad, doctrina y jurisprudencia sobre el tema.	El rastreo bibliográfico sobre las normas, la doctrina y la jurisprudencia pertinente, permitió evaluar el impacto de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el principio de presunción de inocencia.
La aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el Proceso Penal	Revisión bibliográfica y documental de normatividad, doctrina y	El análisis de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte

MEDIR	INSTRUMENTOS UTILIZADOS	COMENTARIOS Y/O CONCLUSIONES
Colombiano de la Ley 906 de 2004, desde la doctrina, la normativa y la jurisprudencia.	jurisprudencia sobre el tema.	Suprema de Justicia permitió identificar el impacto de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en los principios del sistema adversarial moderado del Proceso Penal Colombiano, conforme al respectivo marco normativo, doctrinal y aún jurisprudencial.
La relación existente entre la "carga de la prueba" y el sistema adversarial moderado de la Ley 906 de 2004.	Revisión bibliográfica y documental de normatividad, doctrina y jurisprudencia sobre el tema.	La revisión bibliográfica y documental en cuestión, permitió establecer la relación entre carga de la prueba y el sistema adversarial moderado de la Ley 906 de 2004.
Las implicaciones de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el Proceso Penal Colombiano.	Revisión bibliográfica y documental de normatividad, doctrina y jurisprudencia sobre el tema.	Permitió, igualmente, evaluar las implicaciones de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el Proceso Penal Colombiano, desde la óptica específica del principio de " <i>presunción de inocencia</i> ".
El sistema adversarial moderado establecido en la Ley 906 de 2004 y los principios que lo rigen, especialmente, el de " <i>presunción de inocencia</i> ", determinan la forma como en los procesos penales regidos por dicha norma puede ser aplicada o no la " <i>teoría de la carga dinámica de la prueba</i> ", generando un marco de referencia para evaluar la aplicación que de esta teoría ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.	Revisión bibliográfica y documental de normatividad, doctrina y jurisprudencia sobre el tema.	En síntesis, esta revisión documental y bibliográfica permitió establecer parámetros para una eventual aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el proceso penal de la Ley 906 de 2004, sin desconocer ni violentar sus principios, concretamente, el de presunción de inocencia.

Fuente: Elaboración propia.

## 8. RESULTADOS

El periodo en el que se produjeron las sentencias que se analizan para este trabajo fue entre 2008 y 2014, en vigencia del sistema acusatorio y para ello fue necesario el estudio de 25 sentencias (16 de Corte Suprema de Justicia y 9 de Corte Constitucional).

**Tabla 4. Sentencias Corte Suprema de Justicia**

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
20547 de mayo 11 de 2005	<p>La teoría de la carga dinámica de la prueba, hace referencia al “deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no la haya alegado o invocado”.</p> <p>Toda construcción judicial debe fundarse en reglas legítimas y racionales, el Estado también tiene la carga de probar los supuestos de hecho que invoca, a lo cual no puede ser ajena una acción que es constitucional y pública, pero también real y en la que no se puede romper el equilibrio y la igualdad que un proceso judicial requiere como fuente de su legitimidad. De manera que pensar que solo el particular tiene la carga de probar sus afirmaciones, sería tanto como crear un tratamiento que desconocería la igualdad como regla general y presupuesto de la validez de las decisiones de la jurisdicción.</p> <p>Así el propietario de los bienes guarde silencio y ese comportamiento procesal pueda</p>	<p>la Corte Constitucional analizó la teoría de carga de la prueba, sus perfiles y consecuencias, pero sin que ello signifique que el Estado se encuentre “legitimado para presumir la ilícita procedencia de los bienes objeto de extinción de dominio”, pues tiene la “obligación ineludible de recaudar un conjunto de elementos de convicción que le permitan concluir que el dominio ejercido sobre unos bienes no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades legítimas y además obedece al ejercicio de actividades ilícitas”.</p>

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	tomarse como un indicio –tal y como ocurre en el proceso civil con quien no contesta la demanda–, no por ello el estado queda exonerado del deber de demostrar que la procedencia de los bienes es ilícita, como quiera que de aceptar otra posibilidad se acuñaría una teoría de la carga de la prueba refractaria al principio de igualdad.	
23906 de agosto 29 de 2007	<p>No quiere decir que en los procesos penales que requieren, entre otros, de querrela de parte rige el principio formal de carga de la prueba, toda vez que, se insiste, en los trámites penales la presunción de inocencia se erige en una garantía de toda persona a no ser considerada culpable mientras no se le declare judicialmente como tal a través de sentencia definitiva, la cual se debe apoyar en una investigación que haya satisfecho el principio de investigación integral.</p> <p>En el proceso penal sólo es predicable el concepto negativo de carga de la prueba, en tanto que al acusado no le corresponde probar su propia inocencia que, por otra parte, se presume mientras no exista actividad probatoria suficiente de la que puede desprenderse lo contrario y lograr desvirtuar esa verdad interina que lo protege, con mayor ahínco durante el proceso, sino que dicha carga se desplaza hacia la parte acusadora quien debe probar los elementos constitutivos de la pretensión penal y desvirtuar la pluricitada presunción de inocencia.</p>	El concepto de carga de la prueba se debe entender desde una doble perspectiva, a saber: la formal, según la cual, a las partes les corresponde probar sus afirmaciones o negaciones hechas al interior del proceso y, la material, referida a las consecuencias jurídicas que se derivan para el sujeto procesal el no demostrar un determinado hecho que estaba obligado a hacerlo.

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
23754 de abril 9 de 2008	<p>En materia civil se ha considerado que la consagración de una presunción legal libera a una de las partes del proceso de la carga de probar el hecho presumido y que resulta fundamental para la adopción de una determinada decisión judicial. Pero en materia penal, tratándose de la responsabilidad del procesado en la ejecución de un delito, la Constitución y la ley compelen al ente acusador a demostrar los elementos que integran esa responsabilidad.</p> <p>El concepto de “carga dinámica de la prueba” tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.</p> <p>El concepto de carga dinámica de la prueba de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.</p>	<p>La Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Ese principio fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como onus probandi incumbit actori, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación.</p>
31103 de marzo 27 de 2009	<p>Dentro de los parámetros de la Ley 600 de 2000, que contempla dentro del sistema mixto acogido allí, una verdadera actividad judicial del Fiscal durante la fase de la instrucción, al punto de obligarlo, dentro del presupuesto de investigación integral, a allegar</p>	<p>No cabe duda de que en un sistema democrático de derecho como el que nos rige, la carga de la prueba, en tratándose del proceso penal, corresponde al Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación.</p>

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	<p>tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado (art. 20), existen limitaciones a esa carga probatoria, demandando del procesado o su defensor, en los casos en los cuales el ente investigador ha allegado pruebas de cargos suficientes, adelantar su propia tarea demostrativa para desvirtuarlas, en seguimiento del principio de Carga Dinámica de la Prueba.</p> <p>El concepto de carga dinámica de la prueba opera de manera asaz restringida, dado que el sistema penal consagra límites precisos para su aplicación, en atención a esa obligación estatal de deruir la presunción de inocencia erigida como imperativo constitucional a favor del procesado.</p>	
31147 de mayo 13 de 2009	<p>Si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.</p> <p>El concepto de “carga dinámica de la prueba”, ya ha sido desarrollado</p>	<p>Indudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Ese principio fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como onus probandi incumbit actori, y que</p>

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	<p>por la Sala reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, posibilita que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella.</p>	<p>conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación.</p>
<p>32389 de octubre 29 de 2009</p>	<p>A pesar de su connotación adversarial, a la defensa se le permite desarrollar su particular teoría del caso a través de un comportamiento pasivo o inercial cuya legitimidad reposa, precisamente, en el hecho de que la carga de demostrar la responsabilidad penal compete a la Fiscalía, al tanto que el acusado se halla prevalido, como imperativo constitucional que además reproduce normas internacionales, del principio de presunción de inocencia, acompañado de su correlato in dubio pro reo. Ello no significa, empero, que toda la actividad probatoria deba ser adelantada por la Fiscalía, a la manera de entender que junto con la prueba de cargos, se halla obligada a recoger todo cuanto elemento probatorio pueda ir a favor de cualesquiera posturas de su contraparte, o mejor, de la específica teoría del caso de la parte defensiva. Incluso dentro de los parámetros de la Ley 600 de 2000, que, se recuerda, contempla dentro del sistema mixto acogido allí, una verdadera actividad</p>	<p>Conforme lo ha precisado la Corte en otras oportunidades, dentro de la lógica del sistema de adversarios que rige la ley 906 de 2004, en el que cada parte tiene la carga procesal de demostrar los supuestos de sus pretensiones, es necesario que la defensa del procesado en el desarrollo del juicio oral él desvirtúe los cargos, o por lo menos plantee una duda razonable acerca de la misma, aspectos en los que radica la denominada carga dinámica de la prueba.</p>

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	judicial del Fiscal durante la fase de la instrucción, al punto de obligarlo, dentro del presupuesto de investigación integral, a allegar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado (art. 20), existen limitaciones a esa carga probatoria, demandando del procesado o su defensor, en los casos en los cuales el ente investigador ha allegado pruebas de cargos suficientes, adelantar su propia tarea demostrativa para desvirtuarlas, en seguimiento del principio de Carga Dinámica de la Prueba.	
33660 de mayo 25 de 2011	<p>La carga de la prueba le permite al juez solucionar cuestiones en las que la demostración de los hechos y/o la responsabilidad, se encuentran ausentes, en orden a que emita un pronunciamiento de fondo, ya sea absolviendo o condenando, pero nunca inhibiéndose.</p> <p>Se dice que la carga de la prueba en materia penal, por virtud del principio de presunción de inocencia, corresponde al ente encargado de investigar y acusar, lo que implica que el procesado queda relevado de probar la no perpetración del hecho delictivo y su no culpabilidad. Empero a dicha regla mal puede dársele el alcance de llegar a afirmar que el acusado no tiene la obligación de acreditar las circunstancias exculpativas que alega en su favor.</p>	La carga de la prueba constituye el último refugio al que ha de acudir todo juzgador, cuando no estima suficientemente probados los hechos integrantes de la pretensión formulada.
36402 de junio 29 de 2011	En los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y	El concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.	lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.
36844 de octubre 19 de 2011	<p>El concepto de “carga dinámica de la prueba” tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.</p> <p>La Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.</p>	Dentro de la lógica del sistema de adversarios que rige la ley 906 de 2004, en el que cada parte tiene la carga procesal de demostrar los supuestos de sus pretensiones, es necesario que la defensa del procesado en el desarrollo del juicio desvirtúe los cargos, o por lo menos plantee una duda razonable acerca del delito o de la responsabilidad de su asistido, aspectos en los que radica la denominada carga dinámica de la prueba.
37279 de abril 25 de 2012	En el proceso penal se habla de carga de la prueba en sentido negativo porque al acusado no le corresponde probar su propia inocencia, ésta se presume mientras la actividad probatoria no demuestre lo contrario y logre desvirtuar esa verdad provisional que lo protege; la obligación	El núcleo esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia releva al sujeto investigado de aportar pruebas tendientes a demostrar que la infracción penal no existió o la ausencia de responsabilidad en la misma a cualquier título,

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	<p>probatoria recae en la parte acusadora quien debe demostrar los elementos constitutivos de la pretensión penal y desvirtuar el derecho de inocencia que ha de entenderse integrado en el debido proceso.</p> <p>La Sala ha admitido que en ciertos casos, cuando quiera que la Fiscalía haya cumplido con el rol probatorio asignado, es viable aplicar el concepto de la carga dinámica de la prueba, según el cual, los medios de persuasión deben ser aportados por quien esté en mejor capacidad de hacerlo, dada la dificultad que en algunas oportunidades representa para el agente estatal abarcar el tema de prueba.</p> <p>Como regla general, el órgano investigativo es el que debe probar con medios lícitos y legales que la persona acusada de participar en una conducta ilícita es responsable, para de esta manera desvirtuar la presunción de inocencia que precede cualquier imputación; pero excepcionalmente, entonces, es viable acudir a las cargas probatorias dinámicas.</p>	<p>porque, se insiste, la carga de la prueba se radica en cabeza del ente acusador.</p>
35159 de octubre 31 de 2012	<p>El concepto de 'carga dinámica de la prueba' tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.</p> <p>La Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce</p>	<p>En los procesos por conductas punibles en las cuales la defensa alude a hipótesis susceptibles de desvirtuar la teoría del caso elaborada por la Fiscalía, pero cuya verificación o refutación sería de muy difícil (si no de imposible) obtención para el Estado, es obligación de aquélla, en virtud del criterio</p>

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	<p>su muy limitada aplicación en el campo penal, pues no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal. Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si éstos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.</p>	<p>excepcional de carga dinámica de la prueba, soportar con medios probatorios los fundamentos de tal pretensión.</p>
39876 de abril 24 de 2013	<p>En ciertos casos, cuando quiera que la Fiscalía haya cumplido con el rol probatorio asignado, es viable aplicar el concepto de la carga dinámica de la prueba, según el cual, los medios de persuasión deben ser aportados por quien esté en mejor capacidad de hacerlo, dada la dificultad que en algunas oportunidades representa para el agente estatal abarcar el tema de prueba.</p>	<p>Si bien en vigencia de la Ley 600 de 2000, conforme a los apogemas de presunción de inocencia e investigación integral el Estado tiene el deber jurídico de procurar el recaudo y la práctica de los medios de convicción indispensables tanto para dar curso a la acusación como para atenuar o absolver de responsabilidad al investigado.</p>
39291 de diciembre 18 de 2013	<p>El concepto de "carga dinámica de la prueba" tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.</p> <p>La Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce</p>	<p>dentro de los parámetros de la Ley 600 de 2000, que, se recuerda, contempla dentro del sistema mixto acogido allí, una verdadera actividad judicial del Fiscal durante la fase de la instrucción, al punto de obligarlo, dentro del presupuesto de investigación integral, a allegar tanto lo desfavorable como lo</p>

<b>Sentencias Corte Suprema de Justicia</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.	favorable al procesado (art. 20), existen limitaciones a esa carga probatoria, demandando del procesado o su defensor, en los casos en los cuales el ente investigador ha allegado pruebas de cargos suficientes, adelantar su propia tarea demostrativa para desvirtuarlas, en seguimiento del principio de Carga Dinámica de la Prueba,
40336 de enero 30 de 2013	El concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado.	El concepto de carga dinámica de la prueba simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.
44065 de julio 16 de 2014	Dentro de los parámetros de la Ley 600 de 2000, que contempla dentro del sistema mixto acogido allí, una verdadera actividad judicial del Fiscal durante la fase de la instrucción, al punto de obligarlo, dentro del presupuesto de investigación integral, a allegar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado (art. 20), existen limitaciones a esa carga probatoria, demandando del procesado o su defensor, en los casos en los cuales el ente investigador ha allegado pruebas de cargos suficientes, adelantar su propia tarea demostrativa para desvirtuarlas, en seguimiento del principio de Carga Dinámica de la Prueba”.	A pesar de su connotación adversarial, a la defensa se le permite desarrollar su particular teoría del caso a través de un comportamiento pasivo o inercial cuya legitimidad reposa, precisamente, en el hecho de que la carga de demostrar la responsabilidad penal compete a la Fiscalía, al tanto que el acusado se halla prevalido, como imperativo constitucional que además reproduce normas internacionales, del principio de presunción de inocencia, acompañado de su correlato in dubio pro reo.

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla 5. Sentencias Corte Constitucional**

<b>Sentencias Corte constitucional</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
C - 319 de julio 18 de 1996	<p>la expresión “<u>no justificado</u>” contenida en el tipo genera una inversión de la carga de prueba como quiera que conlleva a que sea el funcionario quien deba probar el carácter lícito de sus ingresos, debe la Corte señalar que dicha afirmación se aparta por completo de la realidad, ya que es el Estado quien está en la obligación de demostrar la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpable, frente a la configuración de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho punible.</p> <p>Efectivamente, el artículo 250 de la Constitución Política le asigna a la Fiscalía General de la Nación la función de “<i>investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes e igualmente, “calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas”</i>. Es decir, a la Fiscalía como ente acusador en los procesos penales, le corresponde investigar, indistintamente, tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, con el objetivo de determinar la ocurrencia de un hecho punible y los responsables del mismo.</p>	<p>No debe olvidarse que el enriquecimiento se establece por la comparación del patrimonio del presunto ilícito en dos momentos distintos. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica. Es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la constitución y la ley.</p>
C-417 de 2009.	<p>En efecto, el impedimento creado por la disposición jurídica bajo análisis, genera para el inculpado de calumnia una restricción importante en cuanto a su derecho de defensa y contradicción, pues le impide acreditar al juez que los hechos típicos imputados a alguien no son falsos. Dicho de otro modo, le impide demostrar la ausencia de tipicidad de la conducta.</p> <p>De conformidad con el art. 29 constitucional, el debido proceso está constituido por el <i>in dubio pro reo</i>, la asistencia de un abogado, el debido proceso público y sin dilaciones injustificadas, la presentación de pruebas, el derecho a controvertir las que se alleguen en su contra, a</p>	<p>La conclusión en este punto es que la excepción a la eximente de responsabilidad prevista en el numeral primero del artículo 224 del C.P. tampoco constituye una medida necesaria para garantizar la seguridad jurídica.</p>

<b>Sentencias Corte constitucional</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	<p>impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.</p> <p>Quiere decir lo anterior que la presentación de las pruebas para demostrar su inocencia hacen parte de los elementos <i>iusfundamentales</i> de tal derecho y su restricción afecta derechamente el contenido propio del mismo.</p>	
C-055 de febrero 23 de 2010	<p>Observa que no hay desproporción en la medida adoptada por el legislador extraordinario y por tanto no hay afectación ilegítima del derecho a la presunción de inocencia, por cuanto la figura creada por el artículo 155, puede ser desvirtuada por el deudor, con lo cual puede “utilizar los recursos que estén a su alcance para demostrar que no devenga el salario mínimo legal”. En este evento, “el juez queda obligado a inaplicarla o a relevar al deudor del pago de la cuota fijada en virtud de un patrimonio que no corresponde a su realidad económica”.</p>	<p>La Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal.</p>
C-055 de febrero 23 de 2010	<p>Observa que no hay desproporción en la medida adoptada por el legislador extraordinario y por tanto no hay afectación ilegítima del derecho a la presunción de inocencia, por cuanto la figura creada por el artículo 155, puede ser desvirtuada por el deudor, con lo cual puede “utilizar los recursos que estén a su alcance para demostrar que no devenga el salario mínimo legal”. En este evento, “el juez queda obligado a inaplicarla o a relevar al deudor del pago de la cuota fijada en virtud de un patrimonio que no corresponde a su realidad económica”.</p>	<p>La Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal.</p>
C-069 de febrero 10 de 2009	<p>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</p>	

<b>Sentencias Corte constitucional</b>		
<b>Nro. de providencia</b>	<b>Subreglas/ideas principales</b>	<b>Resultados desde las subreglas</b>
	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 permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba.	

Fuente: Elaboración propia.

## 9. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Según se observó en esta investigación, es posible afirmar que la aplicación de las cargas dinámicas probatorias en materia penal vulnera el principio de presunción de inocencia en la medida en que va en contravía tanto de la legislación penal como de los compromisos internacionales que giran en torno a la presunción de inocencia, es por ello que se podría hablar de una crisis de la noción del principio de presunción de inocencia. Ello se evidencia en el alejamiento de los postulados normativos y doctrinales que en materia de carga de la prueba que en materia penal existe por parte de las Cortes, tanto Suprema de Justicia como Constitucional, lo que significa que, indudablemente, habrá que replantear las estructuras tradicionales del concepto con el objetivo de proteger los derechos fundamentales y las garantías mínimas del procesado frente a la carga de la prueba y la presunción de inocencia.

La carga procesal consiste en que la ley, en ciertos casos, le da al sujeto el poder de dar vida a la condición, suficiente y necesaria, para obtener un efecto jurídico, el cual se considera favorable para dicho sujeto. Para la Corte Constitucional<sup>129</sup>, las cargas procesales se pueden definir como aquellas situaciones constituidas por la ley que exige una conducta de realización facultativa, generalmente fundada en interés del propio sujeto y cuya omisión trae para éste consecuencias poco favorables como la preclusión de una oportunidad o un derecho proceso o, incluso, la pérdida del derecho sustancial peleado en el proceso. En este sentido, entonces, para la Corte Constitucional es claro que las cargas procesales son una necesidad que procede de las normas procesales de derecho público y por causa del proceso, solamente para las partes y para algunos terceros. De igual manera, son del interés de quien las soporta y es por ello que no existe una sanción

---

<sup>129</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2001. Op. Cit.

coactiva que intimide al sujeto a cumplir, sino que se ha de producir, para éste, como consecuencia de su inobservancia, una desventaja para él mismo.

La carga de la prueba, por su parte, es un concepto procesal consistente en una regla de juicio, la cual conmina a las partes a la auto responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de soporte a las normas jurídicas, y cuya aplicación piden, salgan demostrados y que, además, le muestran al juez cómo ha de fallar cuando no aparezcan probados dichos hechos. En otras palabras, la carga de la prueba es una noción procesal que comporta una regla de juicio a través de la cual se le enseña al juez cómo debe fallar cuando en el proceso no encuentre pruebas que le proporcionen certeza de los hechos que han de fundamentar su decisión, lo que, indirectamente, también establece a cuál de las partes le interesa la prueba de dichos hechos para, de esta manera, evitarse consecuencias negativas.

Al revisar el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 encontramos que a pesar de estar consagrada de manera expresa la presunción de inocencia y la prohibición de invertir la carga de la prueba en contra del acusado, y complementar los principios y garantías procesales del título preliminar del sistema penal acusatorio, la práctica judicial enseña otra cosa, esto es, que no se está aplicando de manera expresa esa disposición, sino que por el contrario, se ha convertido en doctrina reiterada de las altas Cortes, la aplicación de las cargas dinámicas probatorias en Derecho materia procesal penal, lo cual viene aplicándose desde el ordenamiento procesal de la Ley 600 de 2000 (sistema acusatorio de corte inquisitivo), y se mantiene hoy día con la Ley 906 de 2004, so pretexto de ser necesario para el funcionamiento del actual sistema penal acusatorio.

En este sentido, ese principio rector, fuente de inspiración filosófica y fundamento de interpretación normativa, razón de ser de la democracia y del Estado Social de Derecho, fruto de la evolución de la humanidad, en contra de la barbarie que

enluta la historia, se encuentra en crisis, y constituye lo que en nuestro sentir es la antítesis de la fórmula, pero en versión moderna.

Lo anterior lleva, en el actual sistema procesal penal, a la formulación de las siguientes premisas: “toda persona se presume responsable y será tratada como tal mientras quede en firme la decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”; “la carga de la prueba acerca de la ausencia de responsabilidad penal le corresponde al enjuiciado”; por ende, “no toda duda se resolverá a su favor”.

Del análisis efectuado, se concluye que la carga procesal se refiere a “la necesidad de realizar determinados actos para evitar que se produzcan perjuicios para la parte”, concepto aceptado por la doctrina y la jurisprudencia; por ende, la carga de la prueba, como una de las tantas cargas, hace relación a la incumbencia de la parte para probar los hechos que alega, constituyéndose en una regla de conducta para las partes y una regla de juicio para el juez en el momento de decidir.

No existe igualdad de cargas procesales probatorias en civil y en penal, incluido el militar, porque mientras que en el Derecho privado se discuten intereses particulares, en el Derecho penal la sociedad es la afectada.

El tema las “cargas procesales”, y concretamente, el de “la carga de la prueba” en materia penal se relaciona de manera directa con el principio de la “presunción de inocencia” (Art. 7º de la Ley 906-2004), el cual es desarrollado por el órgano de persecución, sin que en ningún caso se pueda invertir esa carga.

Pese a que el concepto de carga de la prueba en materia penal fue elevado a la categoría de principio, la tendencia moderna del Derecho privado se orienta hacia la dinamización de la misma, dándole al juez la facultad para distribuir la carga

hacia la parte que esté en una situación más desfavorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

El Derecho penal no se escapa, pues si bien es cierto que de manera teórica está consagrada la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía, no en pocos casos encontramos que el encartado es quien tiene que demostrar la ajenidad de su conducta en los hechos endilgados, desde antes de la existencia de la ley 906 de 2004, para evitar consecuencias jurídicas desfavorables, lo cual genera la crisis del principio de presunción de inocencia y, por tanto, cobra fuerza la antítesis del enunciado.

## 10. CONCLUSIONES

Para finalizar, se plantean diferentes conclusiones en torno a la consecución de los objetivos específicos que sirvieron de guía al presente trabajo. De esta manera, al realizar el estudio de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el Proceso Penal Colombiano de la Ley 906 de 2004, desde la doctrina, la normativa y la jurisprudencia, se puede concluir lo siguiente:

- 1) El primer momento de nuestra historia judicial en el cual se avaló la inversión de la carga de la prueba en el marco de un proceso penal se identifica en la jurisprudencia constitucional sobre el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. En la sentencia C-319 de 1996. Y en vigencia de la ley 906 de 2004, en la sentencia 31103 del 27 de marzo de 2009 (M.P. Sigifredo Espinosa P), proferida por la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia.
  
- 2) La teoría de la carga dinámica de la prueba ha venido siendo desarrollada de manera expresa en algunos casos por parte de la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tanto en la vigencia del sistema de tendencia inquisitiva como también bajo la vigencia del actual sistema de tendencia acusatoria en el cual se ha desarrollado esta teoría con mayor amplitud. Sin embargo, esto debe ser considerado como un exabrupto, esto es, un abuso al espacio jurisdiccional discrecional de denotación, de connotación y de comprobación probatoria sobre la cual urge un cambio de precedente de manera pronta, máxime cuando en la codificación penal colombiana no existe norma alguna que insinúe o justifique la carga dinámica de la prueba.

- 3) Es de resaltar que lo que ha señalado por la Corte Suprema de Justicia es que en un sistema adversarial moderado o de tendencia acusatoria como la Ley 906 de 2004, la carga de la prueba radica en la fiscalía para desvirtuar la presunción de inocencia; no obstante, cuando la defensa formula su hipótesis defensiva y pretende atacar lo probado por la fiscalía, corresponde probar a la defensa, situación que no constituye exactamente carga dinámica de la prueba.

En segundo lugar, este trabajo tuvo como propósito identificar la relación existente entre la “carga de la prueba” y el sistema adversarial moderado de la Ley 906 de 2004; al respecto se pudo determinar lo siguiente:

- 1) En un sistema procesal como el acogido por nuestra legislación penal en donde el principio de presunción de inocencia adquiere el carácter de derecho fundamental la teoría de la carga dinámica de la prueba es inconstitucional dista mucho de ser compatible con las garantías del Debido Proceso, toda vez que vulnera garantías procesales básicas consagradas en la misma Constitución Política de la República, las cuales son imprescriptibles e irrenunciables, existe una seria contradicción entre lo allí dispuesto y las consecuencias que genera la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas probatorias, ya que las garantías básicas que deben acompañar al procesado durante la investigación y el juicio se ven seriamente comprometidas, respecto de los derechos del imputado, se desconoce la prohibición de autoincriminación; en cuanto al juicio oral, se transgreden la inmediación y contradicción probatorias, y en especial la presunción de inocencia, el principio de in dubio pro reo y la libre valoración probatoria, ya que se puede llegar a una decisión condenatoria sin haberse satisfecho debidamente el estándar probatorio de conocimiento más allá de toda duda razonable. Parece ser entonces que la carga dinámica en materia penal lo que supone en realidad es la resolución de la duda en

contra del procesado, pues si a este le corresponde probar y no satisface esa carga la duda resultante en el acervo probatorio al momento de valorarlo será resuelta de manera desfavorable a sus intereses y es por este motivo que La carga dinámica de la prueba no tiene cabida alguna en un sistema adversarial moderado como el nuestro.

- 2) La noción de carga dinámica de la prueba invierte la carga de la prueba y la residencia no en cabeza de quien le favorece la prueba, sino en cabeza de quien le queda más fácil, por la inmediatez con el objeto, o porque tiene los conocimientos, y fundamentalmente tiene un contenido de solidaridad o de equidad, que no se le puede exigir al inculpado.
- 3) Transportar al proceso penal la noción de las cargas dinámicas contradice políticamente la presunción de inocencia, es un mensaje no conveniente.

Por último, este trabajo buscó evaluar, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, las implicaciones de la aplicación de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba en el principio de presunción de inocencia; frente a ello, se pudo establecer que:

- 1) Aunque el acusado conozca la verdad de los hechos y dicha verdad lo condene, no está obligado a probar lo que puede perjudicarlo. Con ello, no se le puede obligar a probar lo que solo él puede probar o está en facilidad de hacer, como se desprende de la “teoría de la carga dinámica de la prueba”. Pues es esa la garantía que le ofrece el reconocimiento del derecho a que se presuma su inocencia.
- 2) Resulta impreciso establecer que la postura de la Corte Suprema de Justicia es la de introducir la carga dinámica de la prueba, es decir, “que

prueba a quien le queda más fácil probar”, lo que en realidad señala dicha corporación es que esos hechos afirmados por la defensa deben ser objeto de prueba cuando ya la fiscalía ha cumplido con la carga de probar la culpabilidad y desvirtuar la presunción de inocencia.

- 3) Ahora recurrir a la teoría de la carga dinámica de la prueba cuando ya la fiscalía ha cumplido con la carga procesal de demostrar tanto la comisión de la conducta punible como la responsabilidad del imputado, para exigir de este desvirtuar lo ya probado, no implica que pruebe quien este en mejores condiciones como lo afirma esta teoría, pues el imputado siempre tiene a su favor el derecho a ejercer su defensa, y más una vez cumplida esta carga se activa para el inculpado el derecho a la defensa, lo cual corresponde a la teoría clásica de la carga de la prueba.

## **11. RECOMENDACIONES**

Con sustento en la muestra y análisis jurisprudencial de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, se puede llegar fácilmente a la conclusión que el tema de la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba y el Principio de Presunción de Inocencia (artículo 7º de la Ley 906 de 2004) en el sistema jurídico colombiano se encuentra en una etapa de cambio y formación. Movimiento que por ahora no permite abordarlo de una manera uniforme y con la claridad que tan importante asunto amerita, pero que por el estudio realizado en este trabajo evidencia que se trata de un asunto que aún no se completa y por ende merece especial atención a futuro.

En este sentido, es necesario seguir dando soporte al discurso iusteórico y iusfilosófico que ha adquirido la teoría de la Carga Dinámica de la Prueba y el Principio de Presunción de Inocencia, discurso éste inagotable y que si bien ha recibido especial atención de la doctrina, aún evidencia sesgos que siguen siendo mereciendo una especial atención jurídico-doctrinal.

## **12. ÉTICA**

El presente trabajo de grado corresponde a un escrito de carácter monográfico inédito y original; en el mismo se respetan y reconocen los derechos de autor de las diferentes fuentes consultadas.

La autora de este trabajo se hace responsable por los contenidos de este escrito, los cuales corresponden a valoraciones de carácter jurídico hermenéutico sobre el tema objeto de estudio.

### 13. BIBLIOGRAFÍA

ACERO, Luis G., BERMÚDEZ MUÑOZ, M., y BUITRAGO, A.M. et al. Memorias del 30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2009.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

ARENAS SALAZAR, Jorge y VALDÉS MORENO, Carlos Eduardo. La prueba testimonial y técnica. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa, 2008.

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal: Teoría general del proceso (tomo I). Bogotá: Temis, 2000.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERTEL OVIEDO, Álvaro. Derecho Probatorio: Partes General y Especial. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez-USTA, 2009.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos y GARCÍA SIERRA, Alfonso. De la prueba judicial. Medellín: Señal Editora, 1998.

BOHÓRQUEZ BOTERO, Luis Fernando y BOHÓRQUEZ BOTERO, Jorge Iván. Diccionario Jurídico Colombiano. Bogotá: Temis, 2000.

BRIONES, Guillermo. La formulación de problemas de investigación social. Bogotá: Norma, 1978.

BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. La Oralidad en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Oralidad y Proceso. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2009.

BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. La prueba y la decisión judicial. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010.

CARMIGNANI, Giovanni. Elementos de derecho criminal. Bogotá: Temis, 1989.

CARO ESPITIA, Néstor Raúl. La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano. En: Verba Iuris, N° 29, Bogotá, 2013. pp. 31-42.

CLEMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 30 de julio de 1992. Exp. 6897. M.P. Daniel Suárez Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069 de 2009. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-289 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-319 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de julio 25 de 2012. M.P. Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Exp. No. D-8892.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-055 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-417 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-590 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 11 de junio de 1991. M.P. Rafael Romero Sierra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de diciembre 18 de 2013, Rad. No. 39291. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de mayo 25 de 2011, Rad. No. 33660. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicación No. 31147. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 24 de junio de 2009. Radicado 26909. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 20 de mayo de 2009. Radicado 31224. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 9 de abril de 2008. Radicado 23754. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. No. 23906. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de abril 9 de 2008. Exp. No. 23754. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de agosto 1º de 2011. Exp. No. 36766. M.P. María del Rosario González de Lemos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de abril 25 de 2012. Exp. No. 37279. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de enero 30 de 2013. Exp. No. 40336. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de junio 29 de 2011. Exp. No. 36402. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de marzo 27 de 2009. Exp. No. 31103. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Exp. No. 31147. Sentencia de mayo 13 de 2009. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de mayo 25 de 2011. Exp. No. 33660. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de octubre 29 de 2009. Exp. No. 32389. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de octubre 19 de 2011. Exp. No. 36844. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de octubre 31 de 2012. Exp. No. 35159. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia de 2 de julio de 2013. Exp. No. 37469. M.P. Javier Zapata Ortiz.

DE DIEGO, Julián A. La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria. En: Revista Argentina de Derecho, Buenos Aires, Vol. D, 2011, p.p. 8-11.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas Judiciales. Bogotá: A B C, 1984.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Temis, 2001.

FERNÁNDEZ LEÓN, Mercedes. Prueba y presunción de inocencia. Madrid: Iustel, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: la teoría del garantismo procesal. Madrid: Trotta, 2001.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: Temis, 2001.

LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia: Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. En: Nuevo Foro Penal, núm. 65, Medellín, 2003, p.p. 191-270.

MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Madrid: Civitas, 2002.

NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. Nulidades en el procedimiento penal: Actos procesales y acto prueba –sistema mixto-inquisitivo y mixto-acusatorio–. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2010.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2011.

PAVA LUGO, Mauricio. La defensa en el sistema acusatorio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.

PÉREZ RESTREPO, Juliana. La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica –decaimiento de su aplicabilidad–. Medellín: Universidad de Antioquia, 2007.

PEYRANO, Jorge y LÉPORI WHITE, Inés. Cargas probatorias dinámicas. Argentina: Rubinzal Culzoni Editores, 2004.

PEYRANO, Jorge. La carga de la prueba como norma de clausura del sistema. En: Revista electrónica de derecho procesal, vol. 2, núm. 3, Río de Janeiro, marzo de 2012.

PEYRANO, Jorge y CHIAPPINI, Julio. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas en Cargas Probatorias Dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

PEYRANO, Jorge y LÉPORI WHITE, Inés. Cargas probatorias dinámicas dentro del Ateneo de Estudios de Proceso Civil. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008.

PULECIO BOEK, Daniel. La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

SILVA GARCÍA, Germán. El mundo real de los abogados y de la justicia: La administración de justicia (tomo III). Bogotá: Salvat, 2001.

TARUFFO, Michelle. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

VARGAS, Abraham Luis. Cargas probatorias dinámicas, sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos en Activismo y Garantismo Procesal. Córdoba (Argentina): Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Bogotá: Temis, 1984.