

**Tensiones entre la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal, el principio de presunción de inocencia y el estándar de prueba más allá de toda duda.**

**Kelly Vanessa Calvache Vallejo**

**Jesús Antonio Bastidas C**

**Investigadores**

**Asesor**

**Dr. Orión Vargas Vélez**

**Maestría en Derecho Procesal Pasto**

**Universidad de Medellín**

**Cohorte 8**

## Contenido

1. Título	5
2. Planteamiento del tema	6
3. Planteamiento del problema	11
4. Formulación del problema	16
5. Marco teórico	17
5.1. Prueba	17
5.1.1. ¿Para qué se prueba?	18
5.1.2. La verdad material y procesal	18
5.1.3. El fin de la prueba	19
5.2. ¿Qué es la carga de la prueba?	20
5.2.1. Antecedentes de la Carga de la Prueba	23
5.2.1.1. Código de Hammurabi	23
5.2.1.2. Derecho Romano	24
5.3. Carga Dinámica de la Prueba	25
5.3.1. Dinámica probatoria en el Derecho Comparado	26
5.3.1.1. Common Law	26
5.3.1.2. Argentina	27
5.4. Colombia y la carga dinámica de la prueba	30
5.4.1. Dinamismo probatorio según la Carta Política de 1991	30
5.4.2. Cargas probatorias dinámicas en materia civil	31
5.4.3. Usanza del Onus Probandi dinámico en materia penal	32
5.4.3.1. Preliminares con Ley 600 del 2000	33
5.4.3.2. Carga dinámica de la prueba en Ley 906 de 2004	36
5.4.3.3. Ley 1826 de 2017 – Acusador privado	41
5.4.3.3.1. Acusador privado	43
5.5. Presunción de inocencia	46
5.6. Estándar de prueba más allá de toda duda	53
5.7. Conceptos jurisprudenciales en materia penal que relacionan la carga dinámica de la prueba, el principio de presunción de inocencia y el estándar de prueba en materia penal más allá de toda duda.	66
5.7.1. Radicado Número 23754 de 2008	68

5.7.1.1.	Sub reglas jurisprudenciales radicado 23754 de 2008	70
5.7.2.	Línea Jurisprudencial	71
5.7.2.1.	SENTENCIA No. 23754 del 2008	73
5.7.2.2.	SENTENCIA No. 31103 del 2009	75
5.7.2.3.	SENTENCIA No. 31846 del 2011	78
5.7.2.4.	SENTENCIA No. 31147 del 2009	79
5.7.2.5.	SENTENCIA No. 33660 del 2011	81
5.7.2.6.	SENTENCIA No. 35159 del 2012	84
5.7.2.7.	SENTENCIA No. 40634 del 2013	86
5.7.2.8.	SENTENCIA No. 42516 del 2014	88
5.7.2.9.	SENTENCIA No. 42815 del 2015	90
5.7.2.10.	SENTENCIA No. 52287 del 2018	92
5.8.	Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia sobre carga dinámica de la prueba en materia penal	94
6.	Objetivos	96
6.1.	Objetivo general	96
6.2.	Objetivos específicos	96
7.	Propósito	97
8.	Hipótesis	98
9.	Metodología	99
9.1.	Tipo de estudio	99
9.2.	Diseño del plan de datos	100
9.2.1.	Gestión del dato	101
9.2.2.	Obtención del dato	101
9.2.3.	Recolección del dato	102
9.2.4.	Control de sesgos	102
9.3.	Procesamiento del dato	102
10.	Resultados	104
a.	10.1. ¿En Colombia se ha aplicado carga dinámica de la prueba para solucionar conductas punibles?	104
b.	10.2. ¿Con lo investigado es posible aplicar carga dinámica de la prueba en materia penal?	

11.	Conclusiones	106
c.	11.1. En esta investigación se ha estudiado la posibilidad	106
d.	11.2. Comprendiendo los elementos claves	106
e.	11.3. Dentro de todo el análisis expuesto	107
f.	11.4. Después de analizar diez fallos emanados por la Corte Suprema de Justicia	108
12.	Recomendaciones	109
12.1.	La sugerencia en este ámbito de investigación	109
g.	En relación con el primer punto	109
h.	(Sentencia T - 590 de 2009, 2009, pág. 26).	109
12.2.	Paralelamente a lo anterior	110
13.	Ética	111
14.	Referencias	112
15.	Anexos	116
15.1.	Ficha jurisprudencial Radicado No. 23754	116
15.2.	Ficha jurisprudencial Radicado No. 35159	121
15.3.	Ficha jurisprudencial Radicado No. 33660	125
15.4.	Ficha Jurisprudencial Radicado No. 42516	132
15.5.	Ficha Jurisprudencial Radicado No. 40634	136
15.6.	Ficha Jurisprudencial Radicado No. 31103	143
15.7.	Ficha Jurisprudencial Radicado No. 31147	150
15.8.	Ficha Jurisprudencial Radicado No. 31846	155
15.9.	Ficha Jurisprudencial Radicado No. 42815	159
15.10.	Ficha Jurisprudencial Radicado No. 52287	163

## **1. Título**

Tensiones entre la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal, el principio de presunción de inocencia y el estándar de prueba más allá de toda duda.

## **2. Planteamiento del tema**

Colombia, se caracteriza por ser un país que respeta los derechos fundamentales, puesto que es un estado garantista, que vela por la protección de todos los ciudadanos del territorio nacional, con el único propósito de acabar con las brechas de desigualdad que se han presentado a lo largo de la historia.

Cabe entonces señalar que la constitución política de Colombia de 1991 consagra en el artículo cuarto lo siguiente:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. (constituyente, 2016, pág. 8)

De modo que la anterior disposición manifiesta que la constitución política es la norma fundamental, puesto que en ella se encuentran los principios esenciales del estado social y democrático de derecho colombiano, por ello cualquier juez no puede fallar diferente a lo establecido en ella.

Debe quedar bastante claro que es una norma jerárquica de carácter superior, esto significa que por encima de ella no hay otra, que todos los ciudadanos deben velar por que se respete y se cumpla lo que ésta consagra. Dentro de este contexto ha de considerarse que la presunción de inocencia se encuentra establecida en la norma de normas, siendo ella el elemento fundamental que permite que en Colombia se presenten debidos procesos para las partes en las áreas judiciales y administrativas del estado.

De este ángulo, el artículo 29 constitucional dispone:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. 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; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y 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. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. (constituyente, 2016, pág. 18)

El principio de presunción de inocencia va de la mano con el debido proceso, estas dos figuras son garantías jurídico-procesales, que buscan asegurar un resultado justo y equitativo, con la posibilidad de ser escuchado haciendo valer pretensiones legítimas frente al tercero imparcial; esta noción se convierte en un derecho fundamental, por el cual el acusado no tiene la obligación de presentar ninguna clase de pruebas que demuestre su inocencia, por el contrario el estado está en la obligación de demostrar la culpabilidad del agente.

En este punto de las meditaciones es relevante manifestar que todos los ciudadanos colombianos son inocentes hasta que se demuestre lo contrario por parte del ente acusador, que en este caso es la fiscalía general de la nación, por ello es oportuno decir también que la ley 906 de 2004, actual código de procedimiento penal colombiano en su artículo séptimo manifiesta que:

“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.”

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución 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”. (constituyente, 2016)

Bajo estos parámetros es interesante recalcar que no se puede invertir la carga probatoria en el área penal, puesto que quien direcciona esta parte del proceso por así decirlo, es el ente acusador (fiscalía). Según esta normatividad hacer inversión de la carga de la prueba, es fomentar la violación a la presunción de inocencia puesto que cada ciudadano colombiano es inocente hasta que se compruebe lo contrario; debe quedar lo suficientemente claro que el material probatorio que aporte el fiscal debe ser suficiente, exacto y explícito de tal forma que lleve al juez a un convencimiento más allá de toda duda.

Cabe señalar que basándose en lo que esté articulado del código de procedimiento dice, solo de manera excepcional se podrá invertir la carga probatoria, la aplicación de esta noción en materia penal colombiana se ha presentado pocas veces en un periodo comprendido de 2008 a 2018 en todo el territorio nacional.

La Corte Suprema de Justicia, con el fin de descongestionar los despachos judiciales, ha decidido en algunas ocasiones crear derecho bajo la aplicación de un *onus probandi* dinámico, en donde el togado ha manifestado que: la exigencia procesal para llegar a la verdad, la justicia



y la reparación, va de la mano con la presentación probatoria a razón de la parte que tiene mayores posibilidades para exhibirla.

De igual forma también en su momento, la Corte ha manifestado que la aplicación de la carga dinámica de la prueba puede restrictivamente ser aplicada, no para que el procesado o la defensa se le demande probar lo que le compete al estado, sino lo ya probado por éste; en otras palabras, muchas veces los procesados son los únicos con la posibilidad de entregar elementos persuasivos que permitan controvertir la evidencia probatoria, puesto que a la justicia no se le puede pedir imposibles, queda bastante claro que no es por relevar al ente acusador de su obligación, sino por el contrario con el fin de llegar a la verdad y la justicia es necesario que la defensa ayude a conseguir las pruebas necesarias.

En este orden de ideas, cabe entonces decir si con la aplicación de carga dinámica de la prueba en el procedimiento penal, se estará frente a una vulneración de un derecho fundamental como es la presunción de inocencia y de todas las garantías procesales que se le atribuyen al acusado, se debe tener presente siempre que aparecen aquí también conceptos como el *indubio pro reo*, que no es más, que en caso de duda de la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable, se debe estar a favor del acusado.

La carga dinámica de la prueba busca que la defensa se vuelva más activa dentro del proceso, quien determinará a como dé lugar los elementos probatorios, evidencia física, material legalmente obtenido que a futuro serán las pruebas que se practicarán en la fase del juicio oral y con ellos generar la certeza necesaria de lo que realmente ocurrió como hechos y no porque se esté desvirtuando la presunción de inocencia, sino por el contrario para que se reafirme o se sienten las bases de una posible equivocación, si ese fuera el caso.

A partir de lo anterior el juez podrá promover la terminación o la simplificación del caso con la aplicación de la carga dinámica de la prueba, la cual se vislumbra como necesaria para concluir un caso y así controlar luego su desarrollo oportuno.

### **3. Planteamiento del problema**

Como ya se indicó, el tema a investigar son las tensiones que se presentan al aplicar la carga dinámica de la prueba, el principio de presunción de inocencia y el estándar de prueba más allá de toda duda, en materia penal colombiana.

En esta propuesta se tendrá presente las leyes 906 de 2004, la 1564 de 2012 y la 1826 de 2017, en esta última es relevante conocer la nueva figura del acusador privado, quien, según la normatividad, posee las facultades en ciertos asuntos para solicitar el cambio de la carga probatoria, pero que hasta el momento ha sido de difícil aplicación, puesto que su debido uso merece mucha atención.

Pero en el camino legal colombiano, tener disposiciones como las del acusador privado, es el primer paso hacia la libertad de aplicar la carga dinámica de la prueba, a pesar de todo se debe tener bastante claro que esta innovación normativa que presenta el proceso abreviado es muy buena, puesto que se abre camino en materia penal para llenar vacíos normativos que no le permitían al togado ser libre en el uso de este concepto, el tercero imparcial muchas veces por miedo de prevaricar se abstenía de emplear el dinamismo probatorio, quedándose en lo cuadrulado y parco de un código, con el miedo de crear derecho, en pocas palabras no le daba rienda suelta a su independencia judicial.

Con todo y lo anterior, valga decir que es relevante tener en cuenta como hay ocasiones en las que es factible un cambio de carga probatoria, como cuando el ente acusador hace todo lo que está a su alcance para encontrar la veracidad de la conducta punible y si por alguna razón no se pudiese conseguir, es ahí donde la contraparte del proceso es quien debe aportar los elementos materiales probatorios, evidencia física y material legalmente obtenido, valga decir que en el futuro se convertirán en pruebas en el famoso juicio oral, ellas tendrán como objetivo

dar a conocer los hechos que realmente sucedieron, convencer al juez de lo que ocurrió más allá de toda duda razonable y posteriormente llegar a la verdad.

El estándar de prueba más allá de toda duda razonable, busca que el togado se convierta en un individuo imparcial que pueda juzgar con total certeza, ya sea de culpabilidad o inocencia según sea el caso, por ello es importante manifestar que cuando el ente acusador hace todo lo necesario para conseguir material probatorio que acompañe su tesis, pero que por alguna circunstancia no la pueda conseguir, porque es más fácil la obtención para la defensa, es razonable que sea ella quien adopte esta postura probatoria con el único fin de llegar a la justicia, la verdad y la reparación.

En pocas palabras realmente se está aplicando dinamismo probatorio o es un deber ser en el procedimiento de usar el principio de autorresponsabilidad, porque aparecen las reglas de la experiencia según un caso concreto, con todo y lo anterior conviene añadir que aún falta mucho por conseguir, puesto que no se ha llegado a la totalidad de la aplicación de este concepto necesario para la jurisdicción penal, pero por lo menos ya se empieza a vislumbrar un campo de acción lleno de nuevas posibilidades, que permitirán acercarse más a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición de una conducta punible reprochable por la sociedad.

En este punto de las cavilaciones conviene referirse también a que la carga de la prueba aparece como un concepto en donde una de las partes de un proceso tiene la obligación de buscar el material probatorio suficiente y aportarlo con el único propósito de conseguir la verdad y aplicar una sanción cuando se necesite; esta concepción tiene sus brotes en el código de Hammurabi, una de las codificaciones más antiguas de la humanidad, que tenía como

intención la sana convivencia de los pueblos, eran reglas de carácter fundamental que no podían ser modificadas por nada ni por nadie, simplemente eran de obligatorio cumplimiento.

Años posteriores aparece la carga dinámica de la prueba, como el elemento que permite a la contraparte convertirse o transformarse para conseguir un papel más activo lleno de muchas posibilidades jurídicas; el *onus probandi* dinámico, no es otra cosa que la flexibilidad que se puede presentar a la hora de probar, cambiando con ello un poco la regla tradicional de cómo se venía manejando la parte probatoria dentro de un procedimiento.

Al respecto conviene decir que es la eventualidad que le permite a la contraparte aportar todas las pruebas que puede conseguir con mayor facilidad al proceso, no porque quiera relevar a la parte que tiene la obligación para ello, sino porque todos dentro la forma triunviral del proceso buscan llegar a la verdad, entonces ¿por qué no contribuir para conseguir eso?; con este planteamiento no se está tras la violación de derechos y garantías fundamentales del procesado como el debido proceso y la presunción de inocencia, sino por el contrario se 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.

De estas circunstancias nace la posibilidad de aplicar carga dinámica de la prueba en áreas del derecho privado, administrativo, laboral, generando con ello un adelanto en los procesos de una manera consistente y certera, en cuanto a materia penal ella se quedó rezagada un poco atrás de las demás; en el contexto colombiano con el miedo de emplear este concepto, porque la normatividad era clara a la hora de manifestar quien debía probar y en este caso es la fiscalía general de la nación, el tercero imparcial quien está bajo el imperio de la ley, simplemente cumple con lo que ésta dice hacer y por ello él toma una actitud apocada y pasiva.

Es necesario recalcar que en una línea de tiempo comprendida de 2008 a 2018, se ha usado carga dinámica de la prueba en materia penal colombiana, en algunas conductas punibles que el juez ha observado como necesaria su aplicación.

La Corte Suprema de Justicia, el 9 de marzo de 2008, marca un antes y un después del empleo del *onus probandi* dinámico en el derecho penal, puesto que toma la decisión frente a la posibilidad de aplicar dinamismo probatorio en un asunto de enriquecimiento ilícito y lavado de activos que se presentó con la llegada de un vuelo internacional de Madrid a Bogotá, en el aeropuerto el Dorado. En esta situación la fiscalía aporta las pruebas que puede conseguir, pero queda un vacío en cuanto al verdadero dueño de los dineros que entran al país de manera fraudulenta, por ello el tercero imparcial le manifiesta a la defensa que es ella quien está en las mejores condiciones de aportar dicha prueba y es allí donde se crea el precedente jurisprudencial de aplicación de carga dinámica de la prueba en el procedimiento penal colombiano.

El radicado número 23754 de 2008, se convierte en la sentencia hito, puesto que este fallo genera un giro evidente de cómo modificar un poco el camino que se venía siguiendo y crear una nueva vertiente del derecho, en donde se forja la posibilidad de facultar a la defensa o la víctima para que aporten material probatorio necesario.

Esta jurisprudencia tiene significativa importancia ya que en ella se desarrolla un caso fundante y principal que genera subreglas jurisprudenciales; desde 2008 a 2018 se la ha citado en siete ocasiones, ya que en ella se responde de mejor manera el por qué es vital el uso de la carga dinámica en el derecho penal, esto la convierte en el punto arquimédico y el nicho citacional.

En Colombia se ha registrado la condicionada aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal, es muy difícil variar el concepto de que la Fiscalía debe demostrar la comisión de un delito por parte del acusado, no se puede invertir dicha carga probatoria, aunque con el código general del proceso y la ley 1826 de 2017 la defensa puede asumir la carga de probar, cuando el togado lo observe pertinente según el caso, lo que sí puede es desarrollar una teoría del caso, siempre en miras de la protección de la presunción de inocencia.

Al trasladar la carga probatoria a la defensa, ella deberá intervenir activamente con el propósito de conseguir las pruebas para ultimar que no hay responsabilidad por parte del procesado.

En Colombia se aplica la noción de carga dinámica de la prueba, en las diferentes áreas del derecho como: civil, laboral, administrativo, generando con ello la posibilidad de descongestionar el órgano jurisdiccional en cada una de ellas, por ello se manifiesta una vez más que sería muy interesante la aplicación de ella en penal en una mayor proporción.

El sistema acusatorio colombiano es muy radical al manifestar que no es posible el dinamismo probatorio, pero en casos de excepción se ha podido vislumbrar cómo la corte suprema de justicia ha permitido que la víctima aporte las pruebas que permitan llegar a la justicia, la verdad y la reparación

Esta investigación tiene como objetivo examinar qué tan efectivo es aplicar este concepto, por medio del estudio minucioso de algunos asuntos que se han presentado en el territorio nacional y cómo se ha utilizado en diferentes procesos penales, los cuales se han resuelto con carga dinámica de la prueba en un tiempo comprendido de 2008 a 2018.

#### **4. Formulación del problema**

¿Qué tensiones se presentan en la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal con respecto al principio de presunción de inocencia y el estándar de prueba más allá de toda duda?



## 5. Marco teórico

### 5.1. Prueba

La prueba es considerada como un elemento de conocimiento palpable, real o material que permite llevar información al juez jurisdiccional para su valoración y decisión, Se puede decir que la prueba se divide en dos grandes ramificaciones: la primera conocida como el discernimiento del hecho que permite una aproximación hacia la verdad, a través de un instrumento cognoscitivo que le permitirá al juez enmarcar enunciados relevantes, que le facultarán para que pueda proporcionar un fallo en equidad; la segunda se conoce como el arte de persuadir a través de la narración, que con lleva al tercero imparcial a cruzar el abismo de la duda por medio de un puente cimentado en la verdad de lo ocurrido. (Taruffo, 2020)

la prueba tiene una función social, humana e individual que permite llegar a conocer la veracidad de un hecho, partamos de que las pruebas deben desarrollar principios procesales como, por ejemplo: el principio de autorresponsabilidad, veracidad, libre apreciación, igualdad, entre otros. La prueba también debe considerarse dentro del campo judicial, porque permite deducir cómo ocurrieron los hechos, de esa forma se puede reconocer si cada uno de ellos es falso o verdadero, ya que tiene un peso probatorio suficiente que le permite diferenciarlo de un simple indicio, también debe quedar claro que la prueba tiene un fin en sí misma, que es llegar a la verdad material más no a la procesal y en este punto es donde aparecen los siguientes interrogantes: ¿Qué es un indicio?¿Para qué se prueba?¿Cuál es la diferencia entre verdad material y la procesal?¿Cuál es el fin de la prueba? Todos esos interrogantes probatorios sirven para tener un conocimiento más cercano sobre la noción de prueba. (Ferrer J. , 2020)

Es importante traer a mención que los indicios, se los puede definir como los elementos o herramientas de juicio que versan sobre otro hecho del cual se pueden establecer mediante

una inferencia del hecho a probar, teniendo un carácter indirecto con relación a la prueba en materia probatoria, algunos doctrinantes manifiestan que los indicios tienen menor valoración probatoria que la misma prueba, que en nuestro criterio pensamos que no es así debido a que la valoración de los indicios depende de los hechos ocurridos, por lo tanto no tendría un valor inferior a la prueba.

### ***5.1.1. ¿Para qué se prueba?***

Dentro del razonamiento probatorio, se puede decir que probar es lo probablemente verdadero, ya que este sería el resultado de la prueba dentro de un proceso bajo las inferencias de los hechos; se debería probar porqué debemos aplicar correctamente el derecho sustantivo, de lo contrario no estaríamos aplicando bien la norma, además se podría tener en cuenta que si no se prueba, haría fracasar el derecho como un mecanismo de la conducta, cabe mencionar que probar es demostrar indudablemente la certeza de un hecho o la afirmación en búsqueda de la verdad.

Es vital la acción de probar dentro del procedimiento, puesto que esta es una herramienta material que encamina al juez a un campo sensitivo, donde aprecie de manera directa cada uno de los sucesos ocurridos y así él pueda reconstruir una determinada situación, acercándose de manera objetiva a la verdad del hecho a probar. (Castro, Pietro; Ferrandiz Leonardo, 1989, pág. 143)

### ***5.1.2. La verdad material y procesal***

Partamos de que la verdad tiene un significado relativo, ya que los filósofos como Kant manifiestan que la verdad es la unión del conocimiento, el pensamiento y la realidad, teniendo en cuenta que la verdad es una sola, aunque tenga varias concepciones o medios para llegar a

ella, la verdad real o material consiste en la calidad de lo que es cierto, lo que verdaderamente es real o sucede dentro de los hechos, el fin del deber ser de las cosas, esto es lo que busca el juez jurisdiccional la realidad de los acontecimiento dentro de un proceso judicial, muy diferente a la verdad procesal, que es aquella que está proporcionada por los acontecimientos procesales, por las pruebas presentadas que otorgan certeza de los hechos probados y que le da garantía al juez jurisdiccional es tomar una decisión favorable o en contra, basado en el fin de la verdad. La verdad no debe ser diferenciada entre material o procesal puesto que la finalidad de todo proceso es llegar a la realidad de los hechos ocurridos y con ella dar un fallo equitativo para las partes involucradas y la sociedad en general. (Ferrer Beltrán, 2010)

### ***5.1.3. El fin de la prueba***

En el fondo de esta noción tan general, se encuentra algunas distinciones que no vale la pena considerar en detalle, pero una de estas, muy difundida en la doctrina procesal y de la cual se ha venido mencionando sobre el fin de la prueba que se encarga de buscar la verdad, bajo la construcción de los hechos, donde el juez jurisdiccional tenga la certeza de tomar decisión, esto permite que el proceso se desarrolle de acuerdo a lo establecido en las normas y con el conocimiento y la certeza de que se busca la verdad; entre algunas concepciones partiríamos que el objetivo final es lograr una actividad judicial, culta, dinámica y acorde con el derecho, preservando la confianza.

El fin de la búsqueda de la verdad sobre los hechos de la causa, implica además que no existan normas de prueba legal dentro del sistema procesal. Esto es, normas que imponen al juez (y a las partes) tener por verdaderos determinados, hechos independientemente de cualquier juicio relativo al valor de las pruebas en cuestión. Frente a este tipo de normas el juez no puede formular una valoración efectiva acerca de la verdad o falsedad de los enunciados que

se refieren a tales hechos. Es bien sabido que las normas de prueba legal exigen al juez contentarse con una verdad puramente formal (que resulta, por ejemplo, de un juramento, de una confesión o de un instrumento público), impidiéndole controlar si ésta se corresponde con la verdad efectiva de los hechos. En otras palabras, las normas de prueba legal impiden la búsqueda y el descubrimiento de la verdad real de los enunciados sobre los hechos de la causa.

## **5.2. Cargas probatorias**

### **5.2.1. Carga procesal**

Es aquel escenario establecido por la ley que postula una conducta facultativa que establece un interés particular de una de las partes del proceso y que en caso de omitir dicha potestad traerá consecuencias negativas como: la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e incluso se podría perder el derecho debatido dentro de un proceso.

En pocas palabras la carga procesal se caracteriza porque esa facultad impuesta a través del legislador sin que el juez o alguna persona en particular coercitivamente para ello.

### **5.2.2. Carga estática**

Si el objetivo del proceso es resolver estas expectativas contratadas para poner fin al conflicto subyacente y los sujetos son los llamados a impulsarlo, a ellos se asignan responsabilidades que deberán satisfacer en razón de su propio interés. (Ana, 2013, pág. 220)

la parte afectada será aquella que tenga interés en que se cumpla esta facultad de hacer libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias.

### 5.2.3. Carga dinámica

Es el desplazamiento de la carga de la prueba de quien inicialmente la exhibía a quien, según las condiciones de cada caso, esté en mejores condiciones fácticas o técnicas de probar los hechos objeto de debate. Dicho de otra manera, “el que alega prueba” esto fue replanteado con la posibilidad de que el juez determine si es necesario que el *onus probandi* lo soporte la parte a quién más fácil le quede probar determinados hechos.

### 5.3. ¿Qué es la carga de la prueba?

En pocas palabras se puede iniciar afirmando que carga de la prueba, es un concepto que proviene de un marco procesalista, donde las partes deben ser identificadas de acuerdo con la situación particular en la que se encuentren y serán conocidas como: sujeto (activo o pasivo) respectivamente y como regla general tendrá que probar un hecho como cierto quien lo alega.

Parra, define la carga de la prueba mencionando que:

...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 (Parra Quijano , 2004, pág. 242).

Lo mencionado por este autor es una noción general del proceso, en donde se establece bases en la autorresponsabilidad de las partes, quienes deben señalar las pruebas para demostrar así los supuestos fácticos ciertos.

Lo dicho hasta aquí supone que las partes pueden presentar pruebas indispensables, con el propósito fijo de que el proceso sea lo más claro y expedito posible, llegando así a la verdad, siendo ésta el fin al que todo proceso aspira alcanzar.

Lo expuesto esclarece o da a conocer que la carga de la prueba más conocida en latín como *onus probandi*, es aquella potestad que tienen una de las partes de probar determinados hechos o circunstancias cuya falta de acreditación encaminará a una decisión contraria a sus pretensiones.

(Devis Echandia, 1995) citado por (Pulecio Boek, 2012, pág. 45), menciona:

[...] que debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos conceptos de esta noción: 1) por una parte es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole proferir 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; 2) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente le señala cuales son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones [...]

Por consiguiente, se debe decir que, si una de las partes no prueba algo dentro del proceso con los hechos que cimentan su derecho o alegato, correspondiendo hacerlo podría tener como resultado un fallo contrario al que buscaba.

En otras palabras, quien busca demostrar una pretensión en un proceso, debe aportar las pruebas conducentes, suficientes y concretas, que conlleven al togado a una probabilidad de certeza de un hecho, so pena de que si no se hiciere de ese modo no progresen sus aspiraciones frente a una futura sentencia.

La carga de la prueba es la situación en la que la ley coloca a cada una de las partes, consistente en el imperativo de probar determinados hechos en su propio interés, de modo que si no cumplen con ese imperativo se ubicaran en esa situación de desventaja respecto de la decisión que se espera con arreglo a derecho. (Martínez, 2018)

En conclusión, se puede inferir que, dentro del contexto de carga de la prueba, no existe otro fin más que el de demostrar todos los sucesos que sirvan de presupuesto para conseguir lo que se persigue.

La carga de la prueba de corte estático está bajo los preceptos de: a. *onus probando incumbit actori* (**corresponde probar al demandante**); b. *reus in excipiendo, fit actor* (**el demandado debe probar los hechos en que respalda su defensa**); y c. *Actore non probante, reus absolvitur* (**si el sujeto activo no prueba, exime al demandado**). (Díaz Restrepo, 2016, pág. 209)

En este sentido, valga aclarar que los hechos que giran alrededor de un litigio serán soportados con pruebas a través de las partes procesales, quienes soportan la carga probatoria de aquellos que cooperen con su pretensión y así la sustentan.

### ***5.3.1. Antecedentes de la Carga de la Prueba***

En consonancia con lo que se lleva dicho hasta este punto y para comprender mejor la noción de carga de la prueba, es preciso realizar un breve recorrido por la línea de tiempo en donde se configuró este concepto jurídico, al igual que su aplicación dentro de las áreas del derecho, comenzando desde los anales de la historia, y en este punto es preciso mostrar:

#### **5.3.1.1. Código de Hammurabi**

En contraste con lo anterior, se debe tener en cuenta que el concepto de carga de la prueba viene del latín *onus probandi* y por ello erróneamente se ha estimado

que la aparición de este criterio da sus primeros brotes con la cultura de los romanos, sin tener en cuenta que esta noción nace mucho antes con la codificación de Hammurabi en el año de 1728 A.C., en la antigua Mesopotamia.

La carga de la prueba tiene sus orígenes en años muy remotos de la historia del hombre, el *onus probandi* tiene su iluminación en el derecho romano; una de las legislaciones más antiguas es el código de Hammurabi, donde se exigía que una persona que quisiese probar algo debía presentar las pruebas necesarias para ello o de lo contrario sería condenado a muerte; esta es la forma como en el pasado se nombraba la carga de la prueba. (Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, 2010, pág. 50).

#### **5.3.1.2. Derecho Romano**

De igual forma se debe señalar la *actio in rem per sponionem*, que no era más que la legislación que solucionaba todos aquellos inconvenientes que tenían que ver con la propiedad o los procesos reivindicatorios y para tener mayor claridad de lo dicho es conveniente dar mención de lo que dice Nieva Fenoll, sobre el tema:

En épocas remotas Kaser, aún con dudas, identifico normas de carga de la prueba en el proceso romano de las legislaciones, en concreto en la *actio in rem per sponionem*, en la que se obliga al demandante a probar su propiedad sobre la cosa, perdiendo el proceso en caso contrario, sin que el demandado parezca que tenga que probar nada. (Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, 2010, pág. 50)

Al dar un paseo por los diferentes sistemas jurídicos que se han ido presentando a lo largo de la historia del ser humano, se puede vislumbrar nociones como la carga de la prueba, que no son conceptos contemporáneos, sino todo lo contrario, se han venido presentando desde



los inicios de la vida en comunidad y sociedad del hombre, puesto que estos métodos ayudaron a las personas del ayer y continúan haciéndolo con las de los días presentes.

#### **5.4. Carga Dinámica de la Prueba**

El dinamismo probatorio es la teoría del derecho que facilita la flexibilización de la facultad que tienen las partes, para probar determinados hechos y así conseguir las pretensiones buscadas.

Simultáneamente en relación con lo anterior Peyrano comparte y sostiene, que la carga dinámica de la prueba es:

una nueva teoría que 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,2005, p.60).

Es preciso decir que la carga probatoria en sus contextos generales, no se estableció con quién o cuál sujeto debía probar, sino que dependiendo del caso en concreto en el que se encontrara, corresponderá contribuir con la prueba a la parte que esté en especial situación para ello.

En este orden de ideas, cabe subrayar que el dinamismo probatorio, lo que trata de plantear en cualquier área del derecho es la posibilidad de probar ciertos hechos por la parte que no posea tanta dificultad para demostrarlos, dependiendo de cada asunto en particular.

El criterio de aligeramiento que envuelve la carga dinámica conlleva en últimas a forzar desde el comienzo de la Litis la colaboración de las partes en la producción probatoria, indistintamente de la posición procesal o sustancial que cada una ocupe, con el fin de aportar el

mayor número de medios que permitan al juez emitir un fallo con la mayor certeza posible (Cabrera Trujillo, 2006, p. 11).

La carga dinámica de la prueba va en consonancia de dejar atrás el sistema estático probatorio que se manejaba en otrora y buscar la buena fe de las partes, atribuyendo a la contraparte la carga de probar cierto hecho por estar en las mejores circunstancias para ello.

#### ***5.4.1. Dinámica probatoria en el Derecho Comparado***

La carga dinámica de la prueba es una teoría que se aplica en la mayoría de las ramas del derecho, lo que les ha permitido a las partes ser más proactivas en el despliegue de un gran número de hechos probables, por medio de la investigación asidua de cada una de ellas, con el propósito de que sus pretensiones sean válidas como ciertas ante el tercero imparcial y así conseguir un fallo favorable dependiendo de la situación.

En relación con lo anterior se ha vislumbrado resultados excelentes en otros países, los cuales ayudan a verificar qué tan acertado es *onus probandi* dinámico; el propósito de estudiar el derecho comparado tiene como fin observar la aplicación de esta figura en otras culturas.

##### **5.4.1.1. Common Law**

Es un sistema de corte anglosajón, conocido como el derecho común o el derecho consuetudinario, tomando como referencia la carga de la prueba, conocida ésta como “legal burden of proof”, se puede determinar que la carga de la prueba comprende la determinación del grado de convicción que requiere el juez para satisfacer las pretensiones de las partes y a su vez las partes aportar dichas pruebas para dar la mayor certeza posible en determinado caso en su fallo al juez.

Según el autor Tapper, los procesos civiles se sustancian en juicios con Jurado, la distinción entre carga de la producción y carga de la persuasión se observa con claridad: el Juez

debe determinar si se ha producido la suficiente cantidad de prueba, en cuyo caso permitirá que el Jurado la valore, o no, en cuyo caso emitirá un directed verdict y excluirá dicha prueba de valoración por el Jurado. Por tanto, ambas cargas son examinadas, con carácter general, en momentos y por juzgadores distintos. (Tapper, 1995, pág. 123)

Al llegar a este punto cabe entender la reglamentación británica, afirmando que esta no es rígida y que varios criterios del derecho son flexibles, tal como la carga de la prueba, puesto que, si hay dificultad de probar algún hecho, perfectamente se puede invertir la regla otorgándole el *onus probandi* a la contraparte, dado que razones especiales deben ser atendidas con rapidez y justicia bajo la acepción de excepcional.

Al respecto conviene decir que todas estas observaciones sobre el common law, están concentradas en que la regla de la carga probatoria perfectamente puede ser alterada o modificada con el fin de que la normatividad sea flexible y se adapte a diferentes situaciones, cuando la legislación quede corta en cuanto a la acumulación de pruebas para la parte obligada a recaudar el material probatorio, siendo esto imposible de cumplir, es muy conveniente y posible en este sistema la aplicación dinámica de la prueba; en otras palabras cuando se vislumbre necesaria la inversión de la carga probatoria se debe distribuir a las partes así sea de manera excepcional si la normatividad lo permitiese, puesto que en cualquier proceso lo que se busca es llegar a la verdad o por lo menos a una probabilidad de certeza.

#### **5.4.1.2. Argentina**

En contraste con lo anterior, la regla de dinámica probatoria en este país trasandino nace con los estudios del eminente maestro Peyrano, quien expresa que:

“se considera regla de distribución de la carga de la prueba, el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte en mejores condiciones para producirlas” (Peyrano Jorge W y Chiappini Julio A, 2008, pág. 11)

En consonancia a las palabras del maestro, fue ahí donde aparece la posibilidad de flexibilizar la normatividad procesal de la distribución de la carga de la prueba, queriendo dejar atrás la rigidez de la legislación argentina, con el único anhelo de entintarla de solidaridad y justicia.

El primer fallo en aplicación del dinamismo probatorio en Argentina según Valentín fue en 1957 por la corte suprema de justicia en el cual se señala:

Ya en el fallo del 21/06/1957 recaído durante la Revolución Libertadora en la causa “Perón, Juan Domingo” (LL 87, 110) la CSJN esbozó la idea de que, en materia de enriquecimiento ilegítimo de los funcionarios, las circunstancias mismas y la naturaleza de las cosas exigen que sea el funcionario quien produzca la prueba de la legitimidad de su enriquecimiento, porque es quien está en las mejores condiciones para suministrar esa prueba.

Para esta teoría, básicamente y a partir de la ponderación que hace el juez de circunstancias peculiares del caso concreto, puede desplazarse la carga probatoria hacia una u otra parte, tomando como parámetro quien se encuentre en las mejores condiciones fácticas, profesionales o técnicas de suministrar la prueba. Coincidimos con quien ha concluido que esta particular carga probatoria no está determinada apriorísticamente y en forma abstracta y genérica por la ley, sino que será determinada por el juez *a posteriori* y en cada proceso concreto; no sería estática sino dinámica, yendo y viniendo según cual sea la parte que esté en mejores condiciones de aportar la prueba. (Valentin, 2008, pág. 351) en (Velloso, 2009, pág. 724)

Esta corte jurisprudencial que se presentó en los años 50 en Argentina da la certeza de que es muy posible la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal y que no es tan descabellado como algunos profesionales del derecho piensan.

#### **5.4.2. Carga dinámica de la prueba según el maestro Peyrano**

La carga dinámica de la prueba es aquella que permite flexibilizar a las partes para que estas entreguen todos los elementos materiales probatorios dentro de un proceso judicial, con el fin de que estas sean valoradas, pero según la doctrina las cargas probatorias pueden ser utilizadas por los estrados judiciales en determinadas situaciones, en el caso colombiano lo encontramos en el derecho civil, laboral, administrativo entre otras áreas, muy diferente en el área penal que prohíbe dicha inversión de la carga de la prueba, ya que esta, está en cabeza del estado bajo la coordinación de la Fiscalía General de la Nación, por lo tanto la carga dinámica de la prueba que se contextualiza permitiendo el desplazamiento del onus probandi, manifestando que quien tenga las mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de probar un hecho lo haga llegar al proceso, argumento que el maestro Jorge Peyrano viene desarrollando en sus diferentes escritos.

El Maestro Peyrano define la carga dinámica de la prueba como una “flexibilización, de aplicación excepcional, de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba” en algunos casos excepcionales que estime aplicarlo diciendo el que lo que busca es el “desplazamiento del onus probandi conforme a las particulares y especiales circunstancias del caso”, desplazamiento que consiste en hacer caer la carga de la prueba en “la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva, por lo tanto este concepto que define el maestro es debido a perspectiva de la jurisprudencia argentina como consecuencia de un proceso de responsabilidad médica, teniendo en cuenta que lo que busca es ir más allá del carácter del actor o demandado de un hecho, en determinados casos, diciendo que las cargas probatorias recaen en las partes, en especial en aquella quien tenga las mejores condiciones para probarla, se basa en un principio fundamental como lo es el de solidaridad y buena dentro del proceso el maestro Peyrano deja clara la estrecha relación entre

la carga dinámica de la prueba y el principio de solidaridad, al referirse a ella de la siguiente manera: “La temática del desplazamiento de la carga de la prueba reconoce hoy como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de la solidaridad o efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción, en este sentido, la carga dinámica viene sólo a puntualizar y concretar el principio de necesaria solidaridad y responsabilidad compartida a la hora de la producción de la prueba, pues ella coincide con el espíritu que se estaba desarrollando en cierta parte de la doctrina.

Es así como se crea, a partir de la construcción teórica formulada por PEYRANO, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, ampliamente receptada en la jurisprudencia, como se verá posteriormente, que abandona la óptica tradicional, y distribuye las obligaciones probatorias, poniéndolas en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla. (OLGUIN, 2014)

#### **5.4. Colombia y la carga dinámica de la prueba**

##### ***5.4.1. Dinamismo probatorio según la Carta Política de 1991***

Dentro de un asunto es necesario ante todas las circunstancias que se presenten, conseguir la verdad, pues ante los entornos de polémica a los que el hombre se ve envuelto por diferentes situaciones del diario vivir que lo llevan siempre a reñir, conceptos como la carga dinámica de la prueba son muy útiles a la hora de resolver un caso en concreto; los colombianos tenemos un fundamento constitucional en nuestro artículo primero, el cual presenta la solidaridad como eje fundamental de la vida y por qué no aplicarlo en el proceso, qué de malo hay en que la parte que posea las mejores condiciones para presentar el material probatorio que se encuentre más fácil a sus manos, dado que el fin en sí mismo, no es otro que el de llegar a una posible certeza; de igual forma el artículo 29 dispone que todos pueden presentar las

pruebas y controvertir aquellas que estén en contra, al igual esto está muy de la mano con lo ya mencionado, dado que si se posee la facilidad en conseguir las pruebas, por qué no hacerlo ?

#### ***5.4.2. Cargas probatorias dinámicas en materia civil***

El *onus probandi*, es un postulado que se venía materializando desde hace tiempo con el código de procedimiento civil en el artículo 177, donde se señala que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”. (República, Código de procedimiento civil, 2014)

Que no es más que las partes, para su defensa podrán aportar las pruebas necesarias para demostrar sus hechos, pretensiones y excepciones.

A lo largo de la historia colombiana, se ha podido contemplar que el concepto de carga dinámica de la prueba se ha aplicado en el derecho privado, sentando como bases el artículo 177 del código de procedimiento civil y posteriormente el artículo 167 del código general del proceso en el cual se dispone:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio o por estado de

indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (República, leyes.co, 2012)

En pocas palabras se dispone que quien acciona el órgano jurisdiccional es quien debe desvirtuar el principio de presunción de inocencia, salvo en aquellos casos inusuales en donde por referente jurisprudencial se ha invertido el onus probando entre las partes dentro del proceso, similarmente se ha presentado en el derecho laboral con analogía del procesal civil colombiano, aquí el juez de oficio requiere el material probatorio inspirado en principios científicos so pretexto de llegar a la verdad.

Avanzando en este razonamiento, se puede inferir que en materia probatoria se ha manejado el *onus probandi* en diferentes áreas del derecho, no por una legislación actual, sino por el manejo de referentes que han permitido la aplicación de esta noción en casos muy extraordinarios, en materia penal se trabajará más adelante, puesto que la investigación gira en torno a ella.

#### ***5.4.3. Usanza del Onus Probandi dinámico en materia penal***

Para comprender mejor el concepto de dinámica de la prueba, es preciso decir que en el actual derecho Colombiano se ha manejado más esta noción en el derecho privado, dando así los primeros pincelazos en el campo jurídico; pero como el derecho es dinámico, cambiante y flexivo, se ha vislumbrado los primeros pininos en otras áreas del derecho como el penal, con el único propósito de llegar a la verdad y la justicia y no como dicen otros tantos en pos de violar más derechos fundamentales, por ello se explicará concretamente cómo se manejaba en el anterior sistema de ley 600.



#### **5.4.3.1. Preliminares con Ley 600 del 2000**

El sistema inquisitivo que se manejaba en vigencia de esta ley, era muy claro al manifestar que la asignación de la carga probatoria estaba en manos de determinados funcionarios como los jueces y los fiscales, los primeros de oficio y los segundos respecto a su competencia y por instrucción criminal buscaban la prueba con el propósito de establecer una verdad material; con lo que se ha mencionado hasta este punto no cambia mucho con el actual sistema penal acusatorio ley 906 de 2004, no obstante particularmente con la antigua ley, la defensa participaba de manera activa en la investigación, dado que podía solicitar la práctica de pruebas ante fiscalía, quien podía decretarlas o negarlas con la motivación de un auto de sustanciación, el cual es susceptible de recurso de apelación ante el superior inmediato.

La carga de la prueba, es considerada como la herramienta que permite identificar cuál de las partes es la más adecuada para probar un hecho dentro de un proceso, entre otros conceptos, como por ejemplo el demandante debe probar los hechos en los cuales basó su pretensión, o de otra parte el demandado debe acreditar los hechos en los cuales fundó sus excepciones, es ahí donde el Aquo debe valorarlas o negarlas según el caso, dentro del derecho penal y la ley 906 del 2004 en donde se identifica que dicha carga de la prueba está en cabeza de la fiscalía, no es ajena a la ley 600 de 2000 donde su principal objetivo es demostrar la existencia de un delito y la responsabilidad del procesado en la comisión del mismo, por lo tanto la Fiscalía General de la Nación tiene el deber de investigar aun así pruebas que favorezcan al indiciado basado en un artículo de “principio de investigación integral” tipificado en el artículo 20 de la misma ley, el cual reza lo siguiente;

Investigación integral. El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado y de los demás intervinientes en el proceso. (Colombia, 2000, pág. 2)

Dentro de la ley 600 del 2000, se logró consagrar que la carga de la prueba es considerada como la conducta punible de la responsabilidad del procesado y cómo lo anteriormente dicho le corresponde a la fiscalía realizar dicha investigación, esto permite que los jueces tengan la posibilidad decretar pruebas de oficio, aun así el acto legislativo 03 de 2002 donde se modificó las funciones de la fiscalía y fundamentos las bases para la expedición de la ley 906 del 2004 donde ratificó dicha carga probatoria en la fiscalía, prohibiendo la inversión probatoria y sustrayendo al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio. (Espitia, 2013, págs. 31-42)

El objetivo del proceso es llegar a la verdad construyendo los hechos y con ellos permitirle al tercero imparcial fallar en equidad y justicia, se puede determinar que dentro de la ley 600 del 200 no es posible aplicar la carga dinámica de la prueba, porque ello implica un quebramiento de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, principios de carácter constitucional e internacional.

[...] el procesado tiene interés en que aparezca en el proceso los hechos atenuantes o exculpativos de su responsabilidad, por lo cual debe colaborar con su práctica, aunque en principio tanto el juez como el ministerio público tienen el deber procesal de procurar que esas pruebas lleguen al proceso, pues les corresponde investigar tanto los aspectos desfavorables como favorables al procesado. Por esto puede decirse que la regla sobre la carga de la prueba tiene cierta relativa aplicación a cargo del procesado, porque sufre

las consecuencias adversas de la falta de esas pruebas, si el hecho lícito y su autoría se encuentran plenamente demostrados [...] (Echandia, 2007, pág. 163).

En relación a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado número 40634 del 31 de julio del 2013 basado en los delitos de Homicidio y secuestro agravado, cometidos en concursos homogéneo, donde se puede observar que de acuerdo a los hechos, dos jóvenes fueron retenidos por los miembros de la fuerza pública y luego aparecieron muertos y presentados como dados de baja en combate con las FARC (fuerzas armadas revolucionarias de Colombia), al margen de lo anterior, este proceso se desarrolló y se juzgó con la ley 600 realizando la Corte un aporte a la definición de la carga dinámica de la prueba la cual manifiesta lo siguiente:

En 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, «el 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»

El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de «carga dinámica de la prueba», que ya ha sido desarrollado 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.

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. (Radicado 40634, 2013)

La Corte Suprema de Justicia, lo manifestó diciendo que la carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, pero sólo se invierte solo para desvirtuar lo ya probado por este, sin afectar el principio de presunción de inocencia, el in dubio pro reo y el más allá de toda duda razonable como principios fundamentales.

#### **5.4.3.2. Carga dinámica de la prueba en Ley 906 de 2004**

Avanzando en este razonamiento y en contraste con lo anterior, se debe dar mención a que la actividad probatoria y por ende su carga a lo largo de la historia, han sido manejadas por el ente acusador, ya que no se quiere violar la presunción de inocencia queriendo desvirtuarla por medio de un juicio justo de valor.

El artículo 7 de la ley 906 de 2004 dispone:

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 (República, Código de Procedimiento Penal, 2016).

El anterior artículo da a conocer el principio de presunción de inocencia que no tiene un carácter absoluto, sino más bien limitado a medida que se encuentran pruebas y el caudal probatorio se haga más extenso se puede vincular o desvincular a un sujeto de una investigación; la presunción de inocencia es un derecho fundamental consagrado en nuestra carta magna en el artículo 29 y en otros instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, todo esto se encuentra reafirmado en el artículo 2 del código de procedimiento penal, este principio sólo se verá desvirtuado con la sentencia de culpabilidad que emane del juez.

Como se ha repetido ya en varias ocasiones a lo largo de estas líneas, se entiende que la carga probatoria en el proceso penal colombiano recae en cabeza de la fiscalía quien tiene como función recolectar todo el material probatorio posible y así confirmar la culpabilidad del imputado dentro del hecho reprochable que se le asigna.

La inversión de la carga no es posible, puesto que la norma es clara y no hay lagunas sobre el tema, el nivel interpretativo en este asunto no es necesario, dado que el legislador ha sido muy claro respecto al tema.

Aunque la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, se ha manifestado en algunas ocasiones diciendo que en casos excepcionales es posible la aplicación de la carga dinámica de la prueba, no para transgredir o ir en contravía de la presunción de inocencia, sino para aclarar toda duda razonable que se haya presentado dentro de ese asunto en concreto;

perfectamente la defensa puede aportar pruebas cuando se observe necesario para esclarecer dicha circunstancia frente al juez, convirtiéndose ya en sujeto activo al igual que la fiscalía.

En el sistema penal acusatorio Colombiano, la acción penal se activa una vez aparece la noticia criminis por medio de la querrela, denuncia, a petición de parte, etc., y es allí cuando inicia la investigación, en donde el fiscal delega en policía judicial ciertos aspectos, que le permitirá constituir cómo acaeció el delito, al igual que la individualización del autor y los demás intervinientes si fuese el caso; la normatividad es clara al referirse que el *onus probandi* está en cabeza del ente acusador y que por ninguna razón éste puede cambiar de titular.

Dentro del marco constitucional lo que se busca es la verdadera aplicación de justicia, la cual no puede ser desapegada de nuestro estado social y democrático de derecho, debe constituirse un debate penal dentro del proceso en donde se pueda estimar un auténtico sistema adversarial, con la dialéctica necesaria tanto del acusador como de la defensa y así poder llevar al juez a un convencimiento, gracias a los aportes probatorios que cada una de las partes utilicen.

De igual forma estando, así las cosas, es preciso señalar lo que dice Trujillo Cabrera frente al dinamismo probatorio:

En este recae por igual el *onus probandi*, que en principio corresponde a una carga de la prueba formal y no a una carga de la prueba práctica, consistente en desvirtuar o atenuar la gravedad de los hechos por los que se incrimina, conforme al interés particularísimo que le asiste de defenderse de la denuncia y la acusación.

Lo que quiso decir el autor, es que cuando el acusado pretenda atenuar su responsabilidad debe acreditar los hechos en los que fundamenta su afirmación, por cuanto cada una de las partes pueda acreditar la autenticidad de sus enunciaciones. En el modelo del estado

social y democrático de derecho colombiano dentro del ámbito penal, es la fiscalía quien asume la carga primaria de probar.

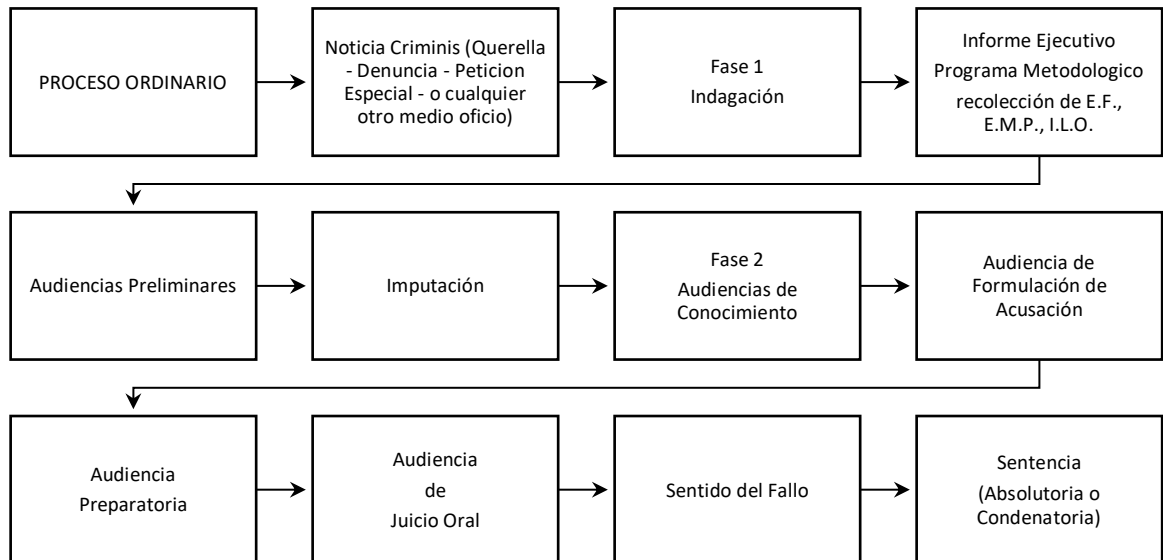
Una vez el ente acusador aporte pruebas para acreditar la responsabilidad del imputado dentro del ilícito, la defensa debe actuar y aportar pruebas idóneas y así controvertir lo que dice la fiscalía, ya bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, es razonable que dentro del debate probatorio la defensa sustente su tesis controvirtiendo los cargos del ente acusador, porque si no es así el juicio siempre será condenatorio.

Si la defensa no asume una actitud activa dentro del proceso y se queda inerte por así decirlo dejando a fiscalía actuar con su material probatorio, lo único que se generará en el juicio es que la acusación presentada por el fiscal sea aprobada por el togado y el fallo en sentencia será condenatorio para la parte acusada, por ello es de vital importancia conocer si es posible el manejo del dinamismo del *onus probandi* o se está frente a una distribución de cargas probatorias, con esa diferenciación se podría dejar de pensar en locuciones como la ***probatio diabólica***, siendo solamente fiscalía quien actúe buscado el material probatorio; podría ser que en todo proceso al igual que en la vida real, para pelear se necesitan dos y no dejarle todo el trabajo a una sola de las partes, porque la contra parte quedaría a merced de lo que la primera afirme y exponga y tal vez no es así, dentro del litigio es necesario el choque y el contra choque.

La carga probatoria que se obtiene debe suscribirse a la responsabilidad penal, carga que además está explícita en el artículo 7 de la ley 906 de 2004, donde manifiesta que en ningún caso debe invertirse dicha carga, y toda duda que se encuentre dentro del proceso será en favor del procesado.

Si bien es cierto en ningún caso se puede invertir la carga de la prueba, por garantías como la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, reconocidas en instrumentos

internacionales, como por ejemplo en la declaración de derechos humanos entre otros, esto permite recordar que el derecho penal es quien materializa el poder punitivo del estado frente a un individuo, por lo tanto la distribución de la carga de la prueba es importante debido a que varios conceptos jurisprudenciales han manifestado que es posible la inversión de la misma y es ahí donde sale el concepto de carga dinámica de la prueba utilizada en materia de derecho privado y que consiste en determinar cuál de las partes, tiene la mejor condición para probar un hecho, según la doctrina, manifiesta que quien debe probar no es necesariamente quien alega hechos como base de sus pretensiones o excepciones, sino quien tenga menos inconvenientes para hacerlo, o quien tenga mayor facilidad para probar.



*Ilustración 1-a Esquema proceso penal ordinario*



#### **5.4.3.3. Ley 1826 de 2017 – Acusador privado**

Al no conocer muy bien la figura de acusador privado era importante distinguir si hay una posible relación con carga dinámica de la prueba, por ello se investigó acerca de ella y si se permite realizar un cambio de la carga de probar en casos excepcionales, donde se generen los permisos necesarios y de esa forma la víctima releve a la fiscalía en algunas actuaciones investigativas, configurándose, así como un pequeño acusador que buscará conseguir la verdad, la justicia y la reparación.

Tiene como fundamento motivacional crear un proceso abreviado, con el propósito de descongestionar el órgano jurisdiccional a través de la nueva figura de acusador privado dentro de una investigación en algunos delitos ya contemplados en esta misma normatividad.

Así mismo esta ley permite a los particulares adelantar la acción penal a través de la subrogación que realiza la fiscalía, siendo esta eximida en casos concretos bajo causas determinadas.

El artículo 10 de la ley 1826 de 2017, establece las conductas por las cuales se adelantará esta clase de procedimiento, pero para ser más breves sólo se dirá que son los hechos punibles que requieren querrela y también aquellas que demanden de investigación oficiosa, pero que están consagradas para que se tramiten a través de este proceso.

Del mismo modo se tramitarán por el proceso abreviado, actuaciones que se presenten en flagrancia, si el sujeto pasivo es menor de edad, si el sujeto pasivo es inimputable.

El acusador privado es la herramienta jurídico procesal que le permite a las víctimas recolectar los diferentes elementos materiales probatorios y evidencias físicas dentro de un proceso abreviado, procurando realizar una efectiva investigación la cual será presentada ante un juez competente mediante un escrito de acusación en determinado proceso, este debe ser

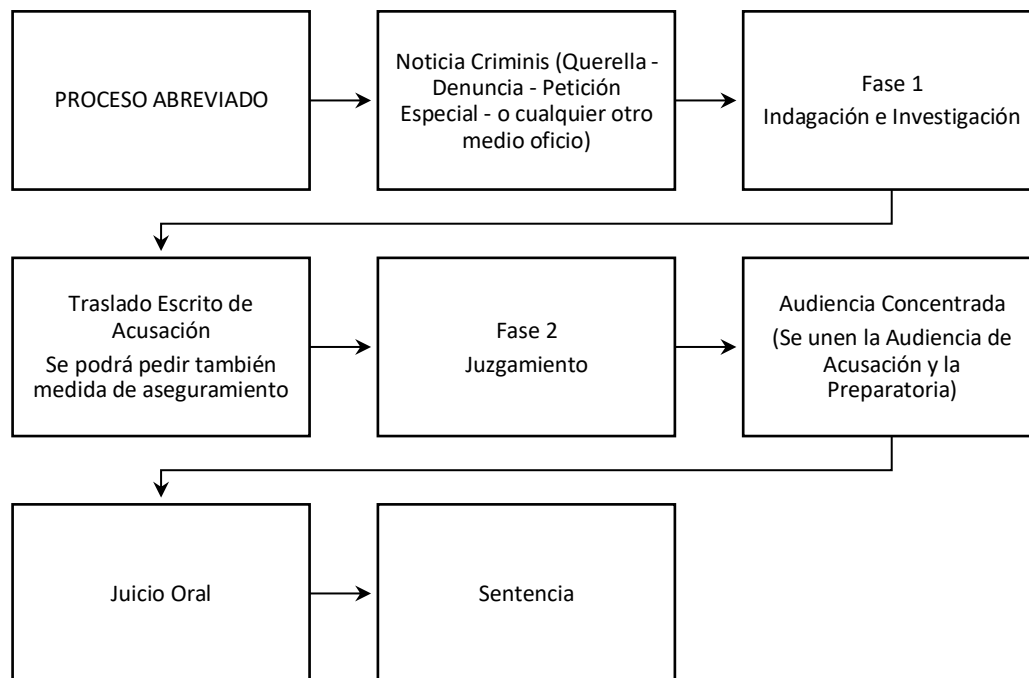
facultado por la Fiscalía General de la Nación dentro de una solicitud de la víctima, esta figura del acusador privado es conocida como un mecanismo viable y efectivo para el desarrollo de un proceso penal, por lo tanto a partir de la aprehensión de dichas legislaciones se puede concretar un sistema penal en el que el acusador privado, es un sujeto parte en el proceso, el cual desarrolla algunas de las funciones de la fiscalía, con el fin de hacer menos congestionada la actividad de dicha institución, es decir, aligerar las cargas de la fiscalía moviéndolas hacia los particulares que se encuentren en el interés de hacer valer justicia, apropiándose de los mecanismos punitivos del estado para la eficiencia del proceso.

Dentro de las diferentes normas y legislaciones internacionales se puede determinar que la figura del acusador privado ha desarrollado gran importancia ya que se convierte en un ente acusador conjuntamente con la fiscalía, dicha figura ha venido cristalizándose durante el tiempo para hacer participar a las víctimas y que presente sus elementos probatorios como mecanismos de acusación dentro de un juicio con el acompañamiento del sector público, entre estas legislaciones tenemos la de Chile, España, Alemania entre otras, a diferencia de la de Estados Unidos que tiene la figura del acusador privado mediante jurisprudencia donde la Corte Federal faculta al juez jurisdiccional para que pueda nombrar a un tercero ajeno al proceso y cumplan las funciones de acusador.

(Juan Felipe Mejia, 2015, págs. 1-52)

La ley 1826 del 2017 que regula la figura del acusador privado y el procedimiento especial abreviado, instaura la inversión de la acción penal de pública a privada y otorga la titularidad de la acción penal a la víctima, para que por intermedio de su apoderado sea quien presente la acusación ante un juez competente, teniendo en cuenta que el fiscal es quien autoriza y otorga dicha conversión exclusivamente para ciertos delitos querellables, bajo su

procedimiento abreviado se puede entender que se reduce el número de audiencias, ya que de una audiencia concentrada, se tiene la de acusación y preparatoria, estableciendo el juicio oral, es ahí donde se suprime la audiencia de imputación ya que la acción penal inicia con el traslado de la fiscalía o en su defecto al acusador privado para presentación de acusación, teniendo en cuenta que interrumpe la prescripción de la acción penal.



*Ilustración 1-b Esquema Proceso Penal Abreviado*

#### **5.4.3.3.1. Acusador privado**

Para tener la calidad de acusador privado se deberá acreditar ser víctima del punible y con ello se tiene la facultad para ejercer la acción penal, siempre y cuando se esté representado por abogado y también reuniendo las calidades de querellante legítimo para ejercer la acción penal. La oportunidad para realizar la conversión de la acción pública a privada será antes del traslado del escrito de acusación. En los delitos querellables será antes de que se agote la

audiencia de conciliación que se realiza con la fiscalía, obviamente antes de la transferencia de la acusación, cabe resaltar que si ya se presentó la acusación no hay nada que hacer, la carga de la prueba estará en cabeza de la fiscalía general de la nación.

La solicitud deberá ser presentada de manera escrita ante el fiscal que lleva el asunto por medio de apoderado (abogado), y se debe acreditar la calidad de víctima.

El fiscal tendrá un mes desde que recibió la solicitud para decidir sobre la conversión, su decisión será de plano o sea que no hay recurso alguno en contra; si el fiscal acepta, deberá entonces colocar la identificación del indiciado, hechos y una calificación jurídica provisional,

Una vez autorizada la conversión, la acción pasa de pública a privada y la fase de investigación y acusación será responsabilidad del acusador privado, ahora será esta nueva figura quien reemplazará al fiscal y ejercerá una función transitoria con responsabilidad disciplinaria y penal de fiscal.

Los actos de investigación que puede realizar son: buscar, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, una vez se posea estos elementos deberán ser examinados por peritos particulares pagados por él o pedir a policía judicial que lo haga.

Puede entrevistar con ficha técnica criminalística, recogerlas y conservarlas en medio escrito, grabación magnetofónica o cualquier otro medio idóneo para ello, se puede solicitar al alcalde municipal, inspector de policía o notario para que reciban declaración juramentada y ante juez control de garantías la práctica de pruebas anticipadas.

Los actos complejos de investigación que el acusador privado no puede ejecutar directamente son: la interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas,

diligencias de agente encubierto, retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones.

La autorización para actos complejos se debe realizar ante juez control de garantías, quien verificará el cumplimiento de los requisitos legales, urgencia y proporcionalidad; el togado ordena al fiscal que autorizó la conversión, que coordine su realización y ejecución de acto complejo a cargo de la fiscalía general de la nación, en los términos de la ley.

Ahora bien, mediante la resolución 2417 del 2017 donde la fiscalía expide el reglamento interno de la conversión de la acción penal tipificado en el artículo 5 de la misma resolución, el cual permite a la fiscalía general de la nación otorgar la acción penal a los particulares antes del escrito de acusación y para ciertos delitos, teniendo en cuenta que puede ser transitoria y a su vez el fiscal podrá revertir la conversión si no está de acuerdo a lo establecido en la norma, mediante decisión motivada. (Gonzalez, 2018, pág. 44)

Se debe partir de que la carga de la prueba y la titularidad de la acción penal está en representación de la Fiscalía General de la Nación, ya que tiene la potestad del Estado para investigar e identificar a un posible responsable, además ejerce la investigación de hechos que revistan las conductas punibles, sin embargo, existe una excepción, que se expresa al ser la víctima titular de la acción penal por medio de la figura del acusador privado, anteriormente mencionado mediante la inversión de la misma, se puede determinar que la relación que existe es de carácter constitucional debido a que el artículo 250 parágrafo 2 de la constitución política de Colombia, menciona que faculta a la fiscalía para que en circunstancia especiales autorice el ejercicio de la acción penal a la víctima u otras autoridades diferentes, si bien es cierto dicha entidad tiene la titularidad preferente esta puede ser entregada a la víctima pero no tiene completamente la carga probatoria, ya que el fiscal va ser parte siempre del proceso y más aún

puede revocarla en cualquier momento si encuentra el caso y motivo de su revocación, tampoco lo anterior puede ser llamado carga dinámica de la prueba ya que la Corte Suprema de Justicia en algunos procesos se ha referido a esta noción no para que el procesado o la defensa se le demande probar lo que le compete al Estado, en este caso la fiscalía o el acusador privado, no para desvirtuar lo ya probado por éste, es relevante tener en cuenta el artículo 7 del código penal - ley 906 del 2004 que prohíbe dicha inversión por la posible vulneración al principio de inocencia, *in dubio pro reo*, y más allá de toda duda razonable, por eso se podría concluir que la Corte ha mencionado algunos apartes de la carga dinámica de la prueba lo que pretendió fue en tener criterios racionales eminentemente lógicos respecto a las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlos valer, porque no se trata de variar la carga probatoria de la fiscalía al pasarla al acusador privado si no se trata de una distribución probatoria, ya que dicho agente privado podría tener mayor facilidad o probabilidad de conseguir los elementos probatorios que pueden hacer parte de un proceso.

### **5.5. Presunción de inocencia**

Con respecto al concepto de inocencia, se debe señalar que es la ausencia de culpa en alguna circunstancia del diario vivir, a la que un sujeto se encontraría enfrentado en cualquier momento de su vida; a razón de lo anterior sería interesante hacer mención de la teoría de las tabulas rasas de John Locke, quien en su momento manifestó que los seres humanos nacen sin ninguna clase de mapa mental y que por ello no hay comprensión previa del mundo al que se afronta; dicho de otra forma, cualquier persona crea su conocimiento a partir de la experiencia de su diario vivir, generándose así una cadena de contingencias que le permiten crear memoria,

por consiguiente al nacer y llegar sin nada de entendimiento en la mente es como una tabula rasa en la que no hay nada escrito, sino que hay que comenzar a escribir.

La presunción de inocencia tiene sus primeros brotes en la normatividad del código de Hammurabi, conocido este como el primer compilado normativo de la humanidad, el artículo número uno rezaba, que cuando una persona se atrevía a acusar a otra de haber cometido un homicidio, debía tener la plena certeza de que este suceso ocurrió y poseer las pruebas necesarias para demostrarlo, de no ser así sería condenada a muerte por falso testimonio.

Dentro de este marco aparece la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que se promulgó en 1789 en el marco de la Revolución Francesa, la cual en su artículo noveno disponía: “todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable”, con todo lo anterior se puede argüir que este concepto tiene sus albores desde muy iniciada la civilización y si se habla de ideología religiosa desde Caín y Abel, donde un hermano mata al otro por envidia.

En sintonía con lo que se viene tratando, se debe decir que la presunción de inocencia es una garantía individual, un derecho público que se encuentra tácito en la constitución teniendo como objetivo la protección de todas las personas.

En Colombia se tiene como uno de los ejes fundamentales que rigen el actual sistema acusatorio (mixto), al principio de presunción de inocencia que en letras del legislador se encuentra plasmado en el artículo 29 constitucional de la siguiente forma:

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.* (República, Constitución Política de Colombia, 2020).

En miras de este contexto normativo, inicialmente sería conveniente conocer, qué es una presunción y ya con eso presentar el alcance de esta en el contexto nacional colombiano; en consonancia con lo anterior, se entiende por *presumir*, según la lengua española que es:

Cosa que por misterio de la ley se tiene como verdad. (Diccionario Enciclopédico Norma Castell, 1987, pág. 1146).

En este orden de los esbozos, se puede tener con mayor claridad que una presunción no es más que la acción de suponer algo como cierto y que en algunos casos es necesario probar para considerarla como cierta, de ahí entonces que aparecen dos clases, una absoluta y otra relativa, la primera según el campo jurídico, es aquella de hecho y de derecho que no admite prueba en contrario más conocidas como presunciones *iuris et de iure*, las segundas proporcionadas admiten prueba en contra y se las identifica como presunciones *iuris tantum*.

Comprendidas las líneas de atrás, podríamos decir que la presunción de inocencia es *iuris tantum*, dado que una persona se la considerara inocente hasta que se demuestre lo contrario y eso está fielmente estipulado en la norma de normas de Colombia.

De igual forma se afirma dicho concepto, en el artículo 2 de la ley 906 de 2004 y se encuentra proyectado en la normatividad procesal penal en su artículo 7:

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. (República, Código de Procedimiento Penal, 2016, pág. 283)

La presunción de inocencia es por ende un derecho constitucional, fundamental y por ello de aplicación inmediata en las diferentes ramas del derecho y no solo en la penal, en el caso de este último, un sujeto acusado de la comisión de un hecho punible, no está en la obligación de presentar pruebas que demuestren su inocencia, puesto que la carga de probar está en cabeza



del estado, representado este por el ente acusador (Fiscalía), todas las pruebas desplegadas en el ámbito investigativo deben ser eficaces, completas, que encaminen al togado a un convencimiento más allá de toda duda, ya que si esto no ocurre así, se deberá aplicar el *in dubio pro reo*, toda duda se resuelve en favor del acusado.

Como ya se ha mencionado, este principio no es de carácter absoluto y sus alcances se van restringiendo, por así decirlo a medida que el persecutor consigue los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, los cuales, en una fase de juicio oral, se convertirán en pruebas que implicarán a un sujeto en la comisión de una conducta típica y con eso ya se podría vincular al proceso.

Ya en este punto, es relevante manifestar lo que algunos concedores del derecho han manifestado, que fiscalía es la encargada de probar la culpabilidad del acusado y que en base a la protección de la presunción de inocencia, ellos no tienen por qué demostrar que su defendido no cometió un delito, aluden que si el persecutor no llevó al juez al convencimiento certero de la actuación reprochable por la sociedad, se deberá dar como veredicto final la absolución, puesto que toda duda se debe resolver a favor.

Partiendo de la anterior consideración, se puede plantear que en parte tienen razón por que eso es lo que se encuentra enmarcado en la legislación, pero también es importante trazar una línea muy delgada y decir qué tan profesional es una defensa técnica, cuando los abogados ganan asuntos con elementos tan fatuos y superficiales, cuando la academia (madre) de cualquier ciencia, busca que los profesionales sean sujetos con criterio, determinación y en el caso en concreto de los jurídicos, que sean interpretativos, si bien es cierto que la norma deja eso ahí en el tintero, y entonces nos cuestionamos: es conveniente decir que se está transgrediendo dicho principio? O, por el contrario, ¿al conocer las armas de la contraparte se

debería llevar elementos de igual o superior peso, que le permitan al tercero imparcial conocer un poco más cada suceso?; y valga la oportunidad para decir que es un deber de la profesión preparar una buena defensa y no por eso se estaría relevando de una tarea a la contraparte.

El acusado también debe ser consciente de que su inactividad, cuando la acusación ha cumplido con la carga de la prueba, puede llevarle a ser condenado, por lo que ello también constituye un fuerte estímulo para él. Puede decirse, pues, que la iniciativa probatoria del acusado es contingente, supeditada en todo caso a la mayor o menor eficacia de la prueba practicada por la acusación. Una vez la acusación ha aportado pruebas de cargo, el acusado tiene la carga de practicar las pruebas relativas a los hechos que le sean favorables. (Fernández López, 2005) Citado por (Martínez, 2012, pág. 125)

Para simplificar, se podría decir que la defensa, que es quien representa al acusado y cuando él vislumbra que se está desplegando toda una actuación probatoria que genera certeza de un hecho consumado, es vital que él también deje su postura pasiva y comience a buscar las armas con las que va a rebatir las insinuaciones en su contra, y entonces aquí no se está vulnerando la presunción de inocencia, por que quien tiene la carga está haciendo su trabajo y es también obligación de la defensa probar que no son las cosas así y que no se ha incurrido en delito alguno.

Valga aclarar que la presunción de inocencia es un principio que se utiliza en el estado social y democrático de derecho, posee un beneficio social que busca que todas las personas inocentes sujetos de un proceso penal posean los mecanismos de defensa necesarios que conlleven a demostrar la sinceridad de su proceder correcto y también persigue sancionar a los individuos que efectivamente han tenido un proceder delincencial.

El principio de presunción de inocencia se puede tener como una regla de prueba en donde se conoce que quien tiene la carga de probar es la (Fiscalía) y a su vez se le debe considerar como un derecho del carácter fundamental que tiene toda persona que por una u otra circunstancia se encuentra en un proceso penal.

Como regla probatoria, da a conocer que quien está acusando a un sujeto sobre la comisión de un hecho reprochable por la sociedad, es quien debe aportar el acervo probatorio que certificará la culpabilidad de este.

Valga la oportunidad para hacer hincapié en que este principio es un derecho del imputado, pero nunca deberá ser considerado como un privilegio para ser dispensado por cometer un delito; los jueces deben decidir bajo la razonabilidad.

Estando frente al escenario procesal, donde un sujeto es sentenciado culpable por una actividad punible que se le aduce como cometida, no muere ahí la posibilidad de que se le reconozca la inocencia, ya que puede exponer sucesos que permiten conocer que no es culpable como se manifestó en una primera instancia.

De igual forma ha de tenerse en cuenta que el reconocimiento y eficacia de éste en el campo procesal con una unión indisoluble con la prueba que le permite al togado tomar una decisión por medio de la sana crítica y la valoración probatoria, generando con ello la seguridad jurídica al momento de que una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria haga tránsito a cosa juzgada y preste mérito ejecutivo.

Todo lo que se ha venido manifestando a lo largo de estas líneas, tiene un único propósito, que se entienda que la presunción de inocencia busca la indubitable de sí un sujeto que está siendo investigado por cometer un delito, sea juzgado conforme a la ley que le asiste y se le permita gozar de cada una de las garantías de las que es titular.

El legislador del Estado garantista y democrático colombiano dispuso en la normatividad constitucional de 1991 este principio de carácter fundamental, el cual está regido bajo la igualdad, la justicia, la honestidad, la imparcialidad entre otros más, no solo es una noción que tiene como fin informar a la ciudadanía, sino que está elevado a derecho fundamental de inmediata aplicación por todas las personas y en especial por los diferentes órganos jurisdiccionales existentes en Colombia.

En el campo procesal es un derecho principal para el imputado o acusado, dependiendo de la fase procesal en la que se encuentra dicho asunto.

Este derecho tiene una connotación más alta, lo que permite distinguirse del *in dubio pro reo*, ya que este último busca salvaguardar el menester de que la persona sea absuelta cuando aparezca la duda y esta no pueda ser desvirtuada por ningún medio probatorio existente y con ello no se puede sembrar en la mente del juez la posibilidad de certeza de que haya cometido un punible a título de autor, coautor, determinador, partícipe, cómplice o cualquier otra delimitación penal, para conocer la titularidad de la conducta típica; paralelo a lo mencionado la presunción de inocencia es muy extensa, porque ella busca la protección que tiene el *in dubio pro reo*, al igual de que existan las pruebas necesarias y que estén rodeadas de todas las garantías legales que permitan acercarse a la verdad.

Dentro de este contexto es relevante que las personas naturales cuentan con capacidad de goce y ejercicio, siendo la primera la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones que se adquieren desde antes de nacer, la segunda respectivamente es la aptitud que posee una persona física o ficticia según sea el caso para poder contraer derechos y obligaciones, al igual que poder ejercer los mismos.

Con la anterior aclaración, ha de decirse que las personas jurídicas no pueden gozar de la presunción de inocencia, ya que este es una amonestación que se le haga a una persona física por su proceder doloso o de carácter culposo de acuerdo con la conducta tipificada en la ley, por lo anterior las personas jurídicas no pueden infringir la ley penal, sino su representante legal es quien lo hace.

### **5.6. Estándar de prueba más allá de toda duda**

Los estándares de prueba vienen influenciados por el sistema anglosajón, siendo los primeros en surgir en la historia los del sistema de prueba legal, entre ellos la *plena probatio* conocida como el estándar de convicción, en el cual se podía alcanzar dentro del proceso un documento público con testigos que mediante juramento plasmaban sus hechos, más conocido como un estándar religioso, en dicha época no se podía dudar de la fe, por lo tanto tenía un máximo de convicción, además se encontró otro estándar que era la *semiplena probatio*, basado en documento privado, con un solo testigo, sin jurar, esto daba lugar a los indicios que más tarde se incluiría en el estudio de las presunciones, esto conllevaba a un nivel de convicción mucho menor lo que se pretendía buscar era las pruebas directas ya que no se podía condenar por solo sospechas, esto conlleva a que se tratara, sin duda, del primer intento de estandarización de la valoración de la prueba, a fin de controlar y ayudar al juez en su conciencia e intuición para que las partes intervengan del proceso.

Avanzando con el tiempo ya en el siglo XVIII dentro del Common law, surgió un estándar de prueba dentro del proceso penal conocido como *beyond any reasonable doubt* o “más allá de toda duda razonable” que lo que trataba era de transmitirle a los jurados la idea de que tenían que estar seguros de la culpabilidad de un reo para

condenarlo, es decir que la decisión de la condena tenía que tener su máxima convicción teniendo la certeza moral de los jurados al tomar la decisión, (NIEVA-FENOLL, 2020)

Se debe tener en cuenta que un estándar de prueba es una norma o regla probatoria, que regula el proceso de adopción sobre los hechos, cuando se puede dar por probado un hecho, es ahí donde se aplica la norma.

Es importante destacar que el estándar de prueba más allá de toda duda, tiene sus orígenes teológicos, donde el jurado podía salvar a un sujeto de la condena eterna bajo la concepción protestante tradicional, el ejemplo más dicente de la mala aplicación del estándar de prueba fue el que paso con Poncio Pilatos gobernador de Judea, al recibir a Jesús “Rey de los Judíos”, entregado por los principales sacerdotes y ancianos quienes solicitaban que lo crucificasen; Pilatos al ver la renuencia del pueblo sobre una posible absolución, tomo una vasija de agua, se lavo las manos frente a ellos y dijo: este hombre no ha hecho mal alguno, y me lavo las manos porque soy inocente de la sangre que se derrame de este justo.

Con respecto a lo anterior se puede manifestar que Pilatos estuvo frente a la duda y que permitió que se condenara a Jesús, sin tener en cuenta la presunción de inocencia y que no había la suficiencia probatoria que sobrepasara el umbral y le permitiera tener una posible certeza de culpabilidad de un hecho que haya ido en contra de sus semejantes. Bajo las concepciones jurídicas Pilatos debió dejar libre a Jesús ya que había un dilema no solucionado y por ello toda duda debía ser resuelta a favor del acusado (*in dubio pro reo*).

Un estándar le puede indicar al juez hasta qué punto debe estar convencido de un hecho para poder declararlo probado e incluso cómo llegar a esa convicción. El estándar de duda razonable es "un instrumento principal para reducir el riesgo de condenas basadas en errores de

hecho", por ello es indispensable para el respeto y la confianza de la comunidad, la forma en que se aplica el derecho penal, porque cada individuo tiene la confianza de que su gobierno no lo "declarará culpable de un delito penal sin convencer a un investigador adecuado de su culpa con la mayor certeza"

A razón de lo todo lo expuesto hasta aquí, se considera necesario conocer el alcance de más allá de toda duda en la estructura colombiana, pero para ello es fundamental saber la raíz de la palabra "estándar" y así empezar a unir partes de un gran rompecabezas por así decirlo y con ello conseguir un concepto sólido que permita trazar el porqué de la importancia de este dentro del procedimiento penal.

Por lo pronto se puede decir que:

La palabra estándar proviene del inglés "Standard", que a su vez se originó en el francés "standort", palabra integrada por "stand" que significa parado, y "ort" = lugar alto, que es donde los Francos colocaban su bandera para que no la tomarán los enemigos en la época de las invasiones bárbaras. Este también es el origen del vocablo estandarte. Estándar pasó a significar un modelo, norma, regla o patrón a seguir, en referencia a esa bandera que guiaba a los ejércitos. Fijan pautas mínimas a lo que se deben ajustar las conductas o productos para ser eficaces, positivos, útiles o confiables. (Deconceptos.com, 2020)

Precisamente se debe señalar que un estándar, no es más que una muestra a seguir que permite alcanzar resultados adecuados y efectivos dentro de cualquier entorno; en el caso específico que se está investigando, es una ayuda para el tercero imparcial, quien podrá aplicar un método eficaz que le coadyuve a acercarse a una probabilidad de certeza de hechos ocurridos que decantaron en una acción y esta a su vez en un resultado entintado de delito.

Reconociendo lo anterior, es importante adentrarse en una noción más jurídica que deje saber la repercusión del estándar de prueba más allá de toda duda y su relación íntima con el principio de presunción de inocencia dentro de un proceso penal.

Los estándares de prueba son los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho; son los criterios que indican cuando esté justificado aceptar como verdadera la hipótesis. (Bustamante Rúa, 2010, pág. 76)

Resulta entonces que un estándar probatorio genera la seguridad de un hecho como cierto puesto que la prueba aportada permite dejar atrás las dudas decantadas en su contra; ahora cuando se habla de más allá de toda duda, se debe decir que este tiene sus precedentes en el proceso inglés y que en Norteamérica se aplica siempre, pues es un eje fundamental dentro su actividad procesal.

Este criterio busca que el ente persecutor consiga la mayoría de los recursos (pruebas), con el fin de dar por terminada la presunción de inocencia, la cual se verá finiquitada una vez los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida aportan al proceso la posible culpabilidad del acusado y en el juicio todo este material probatorio se convierte en pruebas que llevarán al convencimiento certero de que se está frente a un hecho punible; con lo anterior lo que se busca es llevar al togado a la plena convicción de que se cometió un delito y que por ello se debe condenar o por el contrario si el acervo probatorio no es suficiente y se genera dudas, el juez deberá resolver a favor y absolver al acusado.

Por ello se debe conocer:



El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales. *En segundo lugar*, la formulación del estándar debe ser suficientemente precisa para hacer posible el control intersubjetivo de su aplicación. Estos son dos requisitos de tipo técnico. *Un tercer requisito*, puede ser añadido como expresión de determinadas preferencias políticas compartidas en nuestras sociedades: el estándar debe incorporar la preferencia por los errores negativos frente a los positivos para dar cuenta de los valores sociales garantistas. (Ferrer J., 2007) Citado por (Bustamante Rúa, 2010, pág. 77)

Vale decir que un estándar de prueba, es un modelo que permite al juez saber cuándo puede aceptar un enunciado fáctico dentro del proceso y así determinar si está o no probado; no solo sirve para integrar un criterio que se ofrezca para aceptar una hipótesis de un hecho sino también para determinar una opción de política moral o criminal y así definir cuál es la distribución del riesgo asumible.

Del mismo modo también se debe tener en cuenta que el juez puede equivocarse aceptando algo que no está totalmente probado, pero si esto sucede pues literalmente se caería en un abismo procesal que tanto se teme condenando inocentes o absolviendo a culpables.

Las normas probatorias a la valoración de los elementos de juicio o pruebas y las normas que se refieren a la adopción de la decisión sobre los hechos resultado probatorio, por esta razón en un primer momento aparece la admisión de reglas que regulan, seguido de las reglas de valoración probatoria y en un tercer momento adopción en sentido estricto de la decisión sobre los hechos, entonces cuando se habla de estándares de prueba como norma o regla

probatoria, principalmente van a estar referidos a este tercer momento, porque el estándar de prueba, es el grado de suficiencia probatoria exigida a un supuesto de hecho o a un enunciado fáctico para considerarlo probado y por tanto hacer aplicable la norma que se dispute aplicar.

El estándar de prueba es un umbral probatorio, es la barrera que se debe sortear desde el punto de vista de las pruebas para decir que un hecho está probado, meta que se debe cumplir, no solamente están relacionados con la búsqueda de la verdad, sino que pueden buscar proteger otros intereses.

Paralelamente a lo anterior y para ilustrar mejor, se puede decir que, si una norma jurídica tiene una consecuencia gravosa para los destinatarios, desde el punto de vista procedimental, interesa que esa norma sea bien aplicada y una forma exacta es construir un esquema de prueba más exigente que permita distribuir el margen de error.

El estándar de prueba en materia penal es la duda razonable, que es mucho más exigente, porque con él se busca distribuir el margen de error y con eso evitar que los inocentes no vayan a la cárcel.

Con la duda razonable se debe tener en cuenta el principio de presunción de inocencia que es transversal a todo el proceso penal; para derrumbar esa presunción se debe tener una convicción más allá de toda duda, un grado de persuasión muy grande, si existiese una incertidumbre se debe dar la absolución.

En contraste con todo lo que se lleva dicho hasta aquí, a tenerse en cuenta que el estándar de prueba en materia penal colombiana, se considera superado si se ha vencido la presunción de inocencia y con ello el togado puede dar una sentencia condenatoria.

Por otra parte el estándar de prueba no se considerará superado cuando la defensa presente una hipótesis alterna de inocencia la cual debe ser congruente y sostenerse con material probatorio suficiente para generar una duda en el juez.

Para ejemplarizar mejor la Corte Suprema de Justicia con su magistrado ponente Eugenio Fernández Carlier y el radicado 33837 del 18 de marzo de 2015, se aprecia el delito de homicidio agravado en contra de menor de edad, situación cometida por el padre de la víctima.

El día 31 de octubre de 2004, el señor Saudiel López, padre de la menor víctima se encontraba en su casa de habitación con su compañera sentimental Irene Martínez, su hija en común, la abuela, la tía, el primo todos familiares maternos y la niñera. Durante la velada la pareja presentó agresiones mutuas que dieron como resultado que la señora Irene confesara que sostenía una relación amorosa hace un año con el señor Víctor Parrado, amigo común de la familia, quien llamó aproximadamente a la media noche y se enteró de lo que estaba sucediendo, hace presencia en el lugar de los hechos alrededor de a la 1 de la mañana y se reanudan problemáticas verbales entre los tres.

Ante lo que ocurría Irene Martínez, llama inmediatamente a la policía quienes llegan cerca de las 4 de la mañana y hacen que se pacte con el señor Saudiel López que se quedara en el estudio y se retirara del bien inmueble a las 6 de la mañana.

El 1 de noviembre del 2004 a las 8 de la mañana llegan uniformados de la policía nacional y encuentran a Saudiel López al borde de la ventana del tercer piso manifestando que no quería vivir más porque había matado a su hija, los policías convencieron de abandonar la ideación suicida y entraron al recinto; una vez en la habitación encontraron el cuerpo sin vida de la menor, que poseía 4 heridas en el pecho con arma corto punzante y tenía huellas de asfixia

mecánica en el cuello, se observa un gran desorden, varios charcos de sangre, vidrios, un cuchillo con sangre, entre otros.

Por ese motivo Saudiel López, es detenido y al día siguiente trasladado a la clínica Nuestra Señora de la Paz, en donde se determinó que padecía psicosis con componente de depresión y disociación amnésica que lo impulsaba hacer destructivo contra sí mismo y los demás; este estado lo había padecido con anterioridad y se presentó con mayor fuerza la noche de los hechos a razón de agresiones mutuas con su pareja y de conocer que su compañera afectiva mantenía una relación amorosa con el señor Víctor Parrado, por todo lo anterior la fiscalía solicitó imputar el cargo de autor de homicidio agravado en contra de su hija menor de edad a título de inimputable por la enfermedad psicológica que padecía.

En relación con lo anterior la defensa propone una hipótesis alterna de inocencia manifestando que el estado de salud mental del señor Saudiel López, afectó su comportamiento y por ello entro al cuarto de la menor, quien se encontraba durmiendo (viva), se acuesta a su lado y estalla en crisis nerviosa recordando lo que sucedió, pierde el conocimiento y durante la realización del injusto se encuentra bajo los efectos de la psicosis.

Pese a todo lo anterior, ¿por qué se aduce que el señor Saudiel López fue quien cometió el homicidio?, si al fin y al cabo para el momento de los hechos se encontraba encerrado en el cuarto del escritorio y de eso pudieron dar fe la señora Irene y su pareja sentimental quienes miraban la puerta cerrada y no percibieron conductas sospechosas, por lo cual se dirigieron a la habitación a descansar; el señor Víctor parrado menciona que cerca de las 5 de la mañana escuchó un pequeño sollozo que parecía de la menor víctima y le informa a Irene, quien no le presta mucha atención y se dirigen al cuarto donde se encontraban los familiares de ella, pasaron

frente al estudio y la puerta se encontraba aún cerrada por lo cual nada raro llamó la atención, lo que indica que Saudiel López estuvo allí hasta las 6 de la mañana.

En resumidas cuentas, en el lugar de los hechos se encontraban muchas personas diferentes al señor Saudiel López, tales como: Irene Martínez (madre de la víctima) Víctor Parrado (amante) Teresa plazas (abuela materna de la víctima), teresa Martínez (tía materna de la víctima) primo materno de la víctima, niñera.

Así mismo entre las 5 y 8 de la mañana se presentó un desorden “dantesco” en todo el apartamento, donde se percibía manchas de sangre, objetos rotos y testigos que no podían explicar ciertas cosas, todos estos actos no los pudo haber cometido el señor Saudiel López, porque a las 4 de la mañana la policía no observó nada raro.

Por otra parte, el demandante solicita se revise muy bien el caso en mención puesto que piensa que se presentan ciertas inconsistencias tales como:

No se toma relevancia a los testigos de cargo (policías quienes recibieron la confesión ficta o presunta de Saudiel López de que arrebató la vida de su hija, también aduce que no se tiene en cuenta la historia clínica donde los médicos tratantes refieren que el paciente Saudiel ingresa por intento de suicidio posterior a homicidio de su hija de 4 años, en el respectivo registro también manifestó que perdió el control al enterarse de que su compañera sentimental estaba en una relación amorosa con otra persona hacia un año aproximadamente y que todo ello desencadenaría en la pérdida de su pareja, su hija y el bien inmueble donde residían, ocasionando una crisis emocional grave.

La Corte ante este caso dice que en términos epistemológicos se debía suministrar razones o condiciones idóneas para explicar la hipótesis y así poder asignarle un valor verdadero

que den claridad para una posible solución, se debía acompañar de aserciones tendientes a establecer explicaciones concisas, que sujeten los medios de prueba en el proceso.

Por consiguiente, los enunciados de la defensa carecían de fuerza explicativa y poder de refutación de la hipótesis, no se tiene en cuenta el principio de suficiencia por lo cual no se puede extraer una duda razonable en beneficio del procesado que estuviera soportada en una buena motivación.

De igual forma los testimonios de los policías en donde se menciona que el señor Saudiel López hace confesiones fictas no deben tenerse en cuenta puesto que no se hicieron frente a funcionarios competentes (fiscal o juez).

Por último, valga decir que si la intención de la defensa era la de cambiar la postura del juez induciendo en él una duda razonable Y conseguir como sentencia definitiva la absolución total, para eso se debía aportar las pruebas suficientes que soportaran la hipótesis de inocencia que quería inducir, pero que en resumidas cuentas fue imposible y con ello el juez no pudo tener la posible certeza de inocencia del acusado.

Atendiendo a las consideraciones trabajadas, es vital exponer la magnitud de este estándar en Colombia y como se maneja dentro del procedimiento penal, entonces aparece un pequeño interrogante: ¿cuándo el juez está frente a un asunto, si responde bien ante la duda y da un fallo justo?

El código de procedimiento penal en su artículo 381 instala:

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.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia. (República, Código de procedimiento penal colombiano, 2020)

Colombia es un estado social y democrático de derecho, garantista por excelencia y ha buscado siempre estar al margen de la aplicación de teorías, conceptos y nociones que ayuden a mantener el equilibrio necesario. Por ello que el togado conozca de primera mano los sucesos ocurridos, en un caso, le permite fallar dentro de los parámetros de justicia y equidad que necesita todo procesado, puesto que lo que se busca es generar ambientes de paz, justicia y reparación.

Identificando los antepuestos elementos se debe hacer referencia también, que ante el despliegue del material probatorio de fiscalía la defensa tal vez no debería quedarse quieta y pasiva, sino buscar un acervo probatorio, no para probar su inocencia, sino para desvirtuar las pruebas que están llevando al togado al convencimiento de un hecho que tal vez no se desarrolló de esa forma, evitando con ello inocentes condenados y culpables absueltos; como complemento con esta situación se debe tener claro que el estándar de prueba más allá de toda duda, busca terminar con la ausencia probatoria, que se estudie los hechos con la sana crítica dando como resultado un razonamiento en derecho probatorio que podría acercarse más a una hipótesis con altas posibilidades de probabilidad.

Ello significa, en último término, que la defensa debe tener como objetivo mínimo generar una duda razonable que debilite la hipótesis acusatoria y puede hacerlo de dos modos: en primer lugar, limitándose a atacar la credibilidad de las pruebas de cargo o, en segundo lugar, presentando pruebas sobre elementos de descargo. (Fernández, 2005) Citado por (Bustamante Rúa, 2010, pág. 89)

En definitiva, un estándar de prueba sirve para motivar una decisión judicial, se le puede considerar como una guía para dar un veredicto y así tener presente otras garantías procesales tales como la presunción de inocencia en punto de la valoración probatoria; ahora bien, para aplicar *in dubio pro reo* se necesita contar con un estándar cuando exista una hipótesis de la culpabilidad más allá de toda duda.

En la carga de probar la fiscalía desvirtúa la presunción de inocencia, teniendo que demostrar la existencia de un hecho, no solo lo fáctico si no las categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) como la responsabilidad del acusado y con en el estándar de prueba se permite llenar de contenido y así saber qué es lo que se debe probar, con un criterio epistemológico se ratifica todos los hechos que integran la culpabilidad, que todas las suposiciones se confirman y así se elimina cualquier hipótesis de inocencia que traza la defensa.

Los estándares de prueba son aquellos prototipos, expresiones y concreciones de la presunción de inocencia, los cuales se pueden tomar como un modelo que permite saber cuándo un enunciado fáctico se encuentra sí o no probado. (Muñoz, 2020)

Los estándares dentro de la carga de la prueba que va en cabeza de la fiscalía, la cual está encargada de desvirtuar el principio rector de presunción de inocencia y como estándar nos permite afianzar más la carga de la prueba, establece dentro del código de procedimiento penal (ley 906 del 2004 ) que hay diferentes figuras como el *in dubio pro reo*, la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el más allá de toda duda razonable y se tenga en cuenta que se prohíbe la inversión de la carga, por lo tanto la carga dinámica de la prueba dentro de los estándares probatorios permite identificar cuál de las partes tiene la mayor certeza o condiciones de probar el hecho, los estándares permiten dar certeza de un hecho al juzgador con criterios



racionales, por lo tanto se puede concluir que es perfectamente viable el establecimiento de pautas o criterios orientadores que le exijan al operador judicial analizar los eventos conforme a una lógica que propenda por asegurar un análisis por el juez ajustado a las exigencias propias de la igualdad.

Dentro de las reglas de exclusión, rechazo y admisión de las pruebas dentro de los estándares probatorios se puede establecer que el artículo 29 de la constitución política hace referencia al debido proceso y que en su inciso final nos habla de que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso de igual manera el artículo 23 del código de procedimiento penal - ley 906 de 2004, donde manifiesta que toda prueba obtenida con la violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho y por lo tanto esta debe ser excluida y rechazada de pleno derecho, además de lo anterior en el proceso penal Colombiano tiene en la actualidad el desarrollo de la cláusula de exclusión probatoria, cuando de pruebas ilegales o ilícitas se refiere, así como las excepciones a esta regla general, también se ha dado un desarrollo por parte de los altos tribunales colombianos en materia de la prueba ilícita y se ha incorporado, a través de estos fallos y de la ley, Los criterios de vinculo atenuado, fuente independiente y de descubrimiento inevitable, son verdaderas excepciones normativas a la regla general de exclusión, ya que no se comparte la idea de que estos conceptos sean guía para el juez, sino que por el contrario son argumentaciones encaminadas a “tumbar” ese revestimiento de ilegal o ilícita del medio probatorio.

Finalmente se puede decir que los estándares probatorios deben garantizar la licitud de la prueba y su respectiva valoración para que el juez pueda determinar una aproximación al fallo.

**5.7. Conceptos jurisprudenciales en materia penal que relacionan la carga dinámica de la prueba, el principio de presunción de inocencia y el estándar de prueba en materia penal más allá de toda duda.**

Para comprender la conveniencia de la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal colombiana, se realiza un estudio minucioso sobre las veces que la corte suprema de justicia ha hecho uso de esta noción, por ello se tuvo en cuenta fallos jurisprudenciales en un periodo comprendido de 2008 a 2018.

Analizando diez sentencias, se ha tratado de conocer la posibilidad del dinamismo probatorio en el procedimiento penal, vislumbrando el empleo de esta noción durante ese tiempo y como se ha seguido empleando.

<b>N°</b>	<b>N° RADICADO</b>	<b>SENTENCIAS CITADAS</b>		
<b>1</b>	23754 de 2008			
<b>2</b>	31103 de 2009	23754-2008	-	-
<b>3</b>	31147 de 2009	-	-	-
<b>4</b>	33660 de 2011	23754-2008	31103-2009	31147-2009
<b>5</b>	31846 de 2011	-	-	-
<b>6</b>	35159 de 2012	23754-2008	-	31147-2009
<b>7</b>	40634 de 2013	23754-2008	-	31147-2009
<b>8</b>	42516 de 2014	23754-2008	-	31147-2009
<b>9</b>	42815 de 2015	23754-2008	-	-
<b>10</b>	52287 de 2018	23754-2008	-	-

Basándose en la información de la anterior tabla, se puede inferir que la jurisprudencia número 23754 de 2008 de la Corte Suprema de Justicia, es una sentencia hito, puesto que genera cambios trascendentales con el concepto de carga de la prueba que está en cabeza de la fiscalía, quien posee la facultad de probar; con este fallo se genera un giro evidente al tratar de modificar un poco el camino que se venía siguiendo y supuestamente crear una nueva vertiente del derecho en donde se genere la posibilidad de facultar a la defensa o la víctima para que sean

más activos dentro del proceso, flexibilizando el aporte material probatorio en el procedimiento penal.

Al mismo tiempo, conviene decir que la tabla deja como resultado el número de veces que se cita este fallo en otros asuntos, siendo siete las ocasiones en las que el togado la ha utilizado y por eso la constituyó en la más importante, puesto que se encuentran en ella subreglas jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento, de carácter vinculante en el territorio nacional.

Al margen de lo que se viene mencionando, otra sentencia importante es la 33660 de 2011, fallo relevante, puesto que cita a la sentencia hito y propone la posibilidad de seguir usando carga dinámica de la prueba en materia penal colombiana en eventos excepcionales, citando otras jurisprudencias importantes en esta temática, el punto arquimédico de apoyo es esta jurisprudencia porque con ella se pudo identificar la sentencia hito y la sistematización de la misma.

Al respecto, conviene decir que la sentencia 23754 de 2008, es la que más se cita al momento de ver la posibilidad de aplicar carga dinámica de la prueba en materia penal Colombiana, por eso se puede manifestar que es ella la sentencia **hito**, con un caso fundante y principal que genera sub reglas jurisprudenciales, que a lo largo del tiempo se han convertido en el camino a seguir como precedente jurisprudencial, en las ocasiones donde se ha aplicado la carga dinámica de la prueba en el procedimiento penal colombiano.

Al observar que esta decisión es hito, se investiga cuántas veces ha sido nombrada en otros fallos de fechas posteriores; de diez jurisprudencias analizadas siete hacían mención de ésta, por la argumentación con la que el togado manifiesta el beneficio que genera la carga

dinámica de la prueba en el procedimiento penal, convirtiéndose con eso en el punto nodal y así tener la consideración para el análisis de la línea.

En esta jurisprudencia se aplica la carga dinámica de la prueba, en vigencia del sistema inquisitivo en los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, todo esto se produjo bajo las órdenes de la ley 600 de 2000.

### ***5.7.1. Precedente judicial y su poder vinculante***

En La jurisprudencia se puede determinar, que es aquel precedente instalado por los jueces jurisdiccionales, con el fin de aplicar la ley para que este sea tomado como un mecanismo que permita llenar los vacíos y lagunas obtenidas en la interpretación de las normas, es ahí donde nos hacemos una pregunta y determinamos ¿Qué tan vinculante son los precedentes judiciales? La norma no podía responder por si sola a una expectativa que se requería a fuentes escritas, vivas, contextuales y dialógicas, que complementen la norma en los diferentes casos indeterminados con vacíos, los mismos jueces en sus diferentes sentencias han tocado el tema de su poder vinculante en la jurisprudencia, manifestando su propio poder es de generar derecho, además tenemos que tener en cuenta que en Colombia la jurisprudencia ha sido fuente secundaria del derecho, según el Doctor López medina manifiesta que un fallo judicial que ha dejado un precedente y sea tomado como referencia para próximo fallos se lo puede tomar como una sentencia hito la cual es considerada *como:*

*aquella dominante o importante cuyo desarrollo argumentativo es contundente y preciso, al permitir un mayor entendimiento acerca de una situación de derecho, se clasifica dependiendo de su contenido dentro de una línea jurisprudencial, como lo son: sentencias fundadoras de línea, sentencias consolidadoras de línea, sentencias modificadoras de línea, sentencias reconceptualizadoras de línea o puede ser una sentencia dominante. (MEDINA, 2006)*

Ahora bien, si los precedentes judiciales pueden ser tomados como medios alternativos de solución de conflictos, el doctor medina hace una interpretación diciendo que tienen precedente vinculante en aquellos casos donde el precedente es relevante y se presenta en un caso nuevo análogo

por sus hechos y circunstancias además tiene fuerza gravitacional, muy diferente a una jurisprudencia indicativa que cuenta de un tema o un concepto común presente en un caso nuevo, sin necesidad de tener criterios analógicos y no contaría con ese poder gravitacional por lo tanto no gozaría de ese poder vinculante por lo tanto la doctrina fijada con anterioridad no tiene peso suficiente para crear cargas especiales de argumentación al momento de hacer un cambio jurisprudencial.

Se había manifestado que los precedentes judiciales son fuentes del derecho, el doctor Manuel Fernando Quinche sostiene que el precedente judicial es aplicado, siempre y cuando, este cumpla con factores subjetivos y objetivos que permitan el pronunciamiento judicial, por lo tanto la jurisprudencia como precedente Judicial permite la universalidad y entendimiento de todo el ordenamiento judicial, ya que logra una integración en la interpretación judicial y en la aplicabilidad del derecho, esto permite las diferentes herramientas que puede tener la jurisprudencia, conceptos que determinan que el precedente judicial es vinculante en la determinación de los sucesos y hechos que se presenten en cada caso en concreto.

### ***5.7.2. Radicado Número 23754 de 2008***

El 5 de septiembre de 2002 en el aeropuerto internacional el Dorado de la ciudad de Bogotá, distrito capital, se captura a la señora María Mercedes Gómez Gómez, quien llegaba de Madrid - España, con la suma de 187.200 dólares, camuflados en rollos de películas que se encontraban en unas cajas, la fiscalía abre investigación contra la procesada acusandola por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, la defensa manifestó que en casación hubo una transgresión de la ley sustancial en falso juicio de existencia, puesto que se supuso una prueba que no existía, ante esto, la sala afirmó que el delito se configura con la no demostración de donde provienen algunos bienes y como la señora no declaró los dineros en la DIAN, se presume que la suma incautada tenía un origen delictivo.

La sala también da mención a que la defensa debía desvirtuar la teoría del caso de la fiscalía, quien tenía todos los medios probatorios de cargo, se le reprocha que hay un insuficiente sistema probatorio, dado que la defensa tenía las mejores condiciones de probar la licitud del dinero, siendo esto nada más y nada menos que la supuesta aplicación de la carga dinámica de la prueba, en este caso no se quiere decir que se releve a la fiscalía sino de anular lo ya probado por ésta.

#### **5.7.2.1. Sub reglas jurisprudenciales radicado 23754 de 2008**

Siendo estas:

- a) Exigencia procesal de que la parte que posee la prueba, la presente y pueda así cubrir con los efectos que busca.
- b) Existen elementos de juicio o medios probatorios que solo se hallan a la mano del procesado o su defensor, por eso ellos son los que deben aportar al proceso.
- c) La carga dinámica de la prueba puede restrictivamente ser aplicada, no para que el procesado o la defensa se le demande probar lo que le compete al estado, sino lo ya probado por éste.
- d) Aplicando esta noción no se repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado.
- e) Con la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal, se 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.

En otras palabras, según la Corte Suprema de Justicia, la procesada era la única de las partes con posibilidad de entregar elementos persuasivos que permitan controvertir la evidencia

probatoria surgida de su captura flagrante, puesto que a la justicia no se le puede pedir imposibles en el campo probatorio, la Corte hace mención de que aplicar carga dinámica de la prueba no recae en relevar al ente acusador de su obligación, sino por el contrario llegar a la verdad y la justicia, fin de todo proceso y que por ello es necesario que la defensa ayude a conseguir la prueba que logrará esto.

### 5.7.3. Línea Jurisprudencial

<b>¿Aplicar carga dinámica de la prueba afecta el principio acusatorio, la presunción de inocencia, el estándar de prueba más allá de toda duda y el derecho de defensa?</b>				
<b>Si Afecta el modelo acusatorio mixto colombiano y las garantías procesales y constitucionales</b>	● 23754 – 2008			
	● 31103 de 2009			
	● 31147 - 2009			
	● 33660 - 2011			
	● 31846 – 2011			
	● 35159 de 2012			
		● 40634 – 2013		
		● 42516 – 2014		
	● 42815 – 2015			
	● 52287 – 2018			
			<b>No Afecta el modelo acusatorio mixto colombiano y las garantías procesales y constitucionales</b>	

Con relación a la lectura del bagaje jurisprudencial, se realizó el anterior gráfico, el cual permite observar la postura en la que se ha direccionado en algunos casos la Corte Suprema de Justicia en sala de casación penal, en un período comprendido de 2008 a 2018, en delitos como: lavado de activos, enriquecimiento ilícito, omisión de agente retenedor, acceso carnal violento agravado, homicidio, secuestro, concurso homogéneo, fraude procesal y falso testimonio.

En estas situaciones recae un mismo componente, la posibilidad de aplicar la noción de carga dinámica de la prueba, en el procedimiento penal a sabiendas de que en el artículo 7 de la ley 906 de 2004, deja bastante claro, que quien debe aportar material probatorio para inculpar a un sujeto, recae en cabeza del estado Colombiano, representado por la Fiscalía General de la Nación; con relación a lo ya mencionado, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado en reiteradas ocasiones desde el 2008, que en casos de gran excepcionalidad es posible aplicar el dinamismo probatorio, donde las partes generen un activismo peculiar que conlleve al juez a sobrepasar el umbral del estándar de prueba de más allá de toda duda. El problema radica en el argumento para aplicar este concepto, en el sistema penal acusatorio mixto como el colombiano, donde usar la carga dinámica de la prueba va en contrario sensu con las garantías procesales y constitucionales del Estado Social de Derecho Colombiano; la corte argumenta esta postura en la mayoría de sus fallos, diciendo que el derecho penal debe estar presto a la flexibilidad de las demás áreas del derecho y que en casos donde se mire la necesidad de conseguir un material probatorio de primera mano, la parte que tenga mayor facilidad de obtención debe aportar al proceso.

Lo cual no deja tan clara la noción de carga dinámica de la prueba, sino que se presenta la confusión con el principio de autorresponsabilidad procesal que poseen las partes en el procedimiento; dicho principio solicita que a las partes les concierne probar los hechos y que



son ellos quienes deben asumir las consecuencias, sino realizan una pertinente acción probatoria que hubiese quedado rezagada en la inactividad; entonces con base en lo anterior, lo que se ha estado aplicando en materia penal Colombiana no es carga dinámica de la prueba, sino principio de autorresponsabilidad procesal de las partes y queda muy claro que hay una seria contradicción en diferenciar los dos conceptos, lo cual es preocupante porque, entonces tampoco se conoce el alcance del principio acusatorio y como evitar transgredir de cualquier forma.

Debido al principio acusatorio adversarial mixto, en Colombia los jueces no poseen la facultad para pedir pruebas de oficio y si bien es cierto que con la mal llamada aplicación de carga dinámica de la prueba no lo hacen, de alguna forma sí se sugiere que, con la proposición de cierto medio probatorio, el resultado pudiese ser diferente y con ello si se quebranta el principio acusatorio absolutamente.

#### **5.7.3.1. SENTENCIA No. 23754 del 2008**

Asunto fallado por la Corte Suprema de Justicia que entra analizar los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares debido a que en el aeropuerto el Dorado de Bogotá, fue retenida una persona que venía de Madrid- España la cual transportaba con ella unos dólares envueltos en películas que no fueron declarados ante la DIAN.

Aquí se hace referencia al principio de presunción de inocencia, *in dubio pro reo* basados en los conceptos de la carga de la prueba y el dinamismo probatorio, puesto que la tenencia de los recursos a calificar se basaban en la presunción de la poseedora, esto constituye una regla básica sobre la carga de la prueba considerado como un principio fundamental que lo

sustenta el Estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la cual le compete la carga de probar si una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo,

La Corte busca controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, por lo tanto la contraparte (defensa) le corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión, el alto tribunal define la carga dinámica de la prueba como la posibilidad que tiene la defensa para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador, es vital entender que no se repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni que con ello se afecta derechos fundamentales del acusado sino que simplemente se 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, por lo tanto se decide casar parcialmente el fallo teniendo en cuenta el delito de lavado de activos.

Con respecto a lo anterior se puede mencionar que en este caso no se pretende relevar a la fiscalía de sus funciones acusatorias si no por lo contrario permitirle a la defensa una participación más activa si su pretensión era conseguir la absolución para la acusada, con una hipótesis de inocencia motivada que le permita al juez sobrepasar el umbral de la duda razonable que desemboque en una posibilidad de certeza.

El Estado Social de Derecho colombiano, se rige bajo el principio de *onus probandi*, donde la carga de la prueba en materia penal le corresponde al ente persecutor, quien buscará los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida y con ello se podrá conocer que un sujeto fue responsable de un delito o participó en él.

El acusado no está en la obligación de presentar prueba alguna que demuestre su inocencia puesto que lo protege la presunción desde el inicio del proceso hasta el fallo o

veredicto definitivo, siendo esta un derecho fundamental, donde la autoridad judicial debe demostrar la culpabilidad del agente de un hecho punible.

Cuando aparece la duda para conocer si se realizó una actividad reprochable por la sociedad se debe aplicar de manera inmediata el *In dubio pro reo*, toda incertidumbre se resuelve a favor del acusado, por eso en materia penal la responsabilidad de un delito no puede respaldarse con una sospecha, puesto que como garantía procesal la presunción de inocencia nadie podrá ser condenado si no se ha desvirtuado con pruebas legales y oportunamente allegadas.

El ente de persecución penal está facultado por el Estado colombiano con la carga de probar, quien debe reunir las pruebas necesarias y así sobrepasar el umbral de la duda razonable y con ello considerar que el acusado realizó un hecho punible reprochable por la sociedad, la controversia la debe realizar la contraparte (defensa) quien deberá hacer la entrega de los medios de prueba suficientes para hacer válida su pretensión.

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. (Proceso No 23754, 2008, pág. 19)

#### **5.7.3.2. SENTENCIA No. 31103 del 2009**

Para ilustrar mejor se analiza este asunto los delitos de Acceso carnal violento, concurso heterogéneo con incesto, los hechos se produjeron debido a una pareja de esposos que convivían

con sus hijos menores de edad, donde el padre aprovechaba que la madre saliera a trabajar para cometer actos obscenos con sus hijos incluyendo golpes y maltratos físicos donde uno de los hijos por medio de su tía denunció lo sucedido.

La Corte entra a estudiar aspectos importantes dentro del proceso entre ellos la prueba de referencia, la libertad probatoria, la carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia, en referencia a cada tema se ha pronunciado diciendo que el testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción, ya que existe otros medios probatorios que permite verificar y dar certeza de cada hecho, mientras que la libertad probatoria tipificada en el art 373 de la ley 906 del 2004 especifica que se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos, y fundamentales de las personas, ahora bien dentro de la carga de la prueba que está a potestad del Estado en cabeza de la Fiscalía General que es la encargada de presentar su acusación con los elementos materiales probatorios que permitan desvirtuar la presunción de inocencia y buscar la responsabilidad penal de un procesado, si bien es cierto a la defensa se le permite presentar su teoría del caso de una forma pasiva no quiere decir que tiene dicha carga ya que como anteriormente mencionado reposa en la Fiscalía, al procesado desde el inicio del proceso parte con el principio de presunción de inocencia, acompañado de su correlato *in dubio pro reo*. La Corte manifiesta de acuerdo al caso que si bien es cierto se ha negado la carga dinámica de la prueba debido a que el artículo 7 de la ley 906 prohíbe la inversión es necesaria para que la parte que posee la prueba la presente y pueda cubrir así los efectos que busca, Porque, si bien, como ya se anotó, 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 por lo tanto se dice que no es 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, siendo así la corte falla confirmando la sentencia de primera instancia y condena al procesado.

En el procedimiento penal colombiano la obligación de demostrar la culpabilidad de un delito está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, quien no puede ser relevada de dicha facultad que se encuentra normativizado y quien debe respetar a cabalidad la presunción de inocencia así como también *in dubio pro reo*.

Sin embargo, conociendo el concepto de carga de la prueba que está relacionado directamente con la parte (fiscalía) que busca conseguir los efectos de culpabilidad de un sujeto y por ello presenta los medios de prueba necesarios para cubrir los efectos que se busca, debe respetar la presunción de inocencia se demanda del Estado que sustente su solicitud de condena con los elementos suficientes.

Cuando la fiscalía cumple a cabalidad su deber de probar y allegar las pruebas necesarias para determinar la existencia de un delito y que el acusado participó en él, entonces si la defensa

busca controvertir le corresponderá entregar los elementos de juicio que le permitan soportar su pretensión; la Corte Suprema de Justicia, en excepcionales situaciones ha reconocido la limitada aplicación de la carga dinámica de la prueba en el campo penal, pero cuando la fiscalía ha desplegado todo su cuerpo investigativo para demostrar la responsabilidad de determinado sujeto, es entonces cuando se le ha facultado a la defensa para dar a conocer cierto hecho por encontrarse en mejores condiciones, siendo esto un *onus probandi* dinámico penal colombiano.

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. (Proceso No 31103, 2009, pág. 13)

En materia penal excepcionalmente el concepto de carga dinámica de la prueba opera restringidamente, puesto que el procedimiento coloca límites de aplicación, por la obligación estatal de derribar la presunción de inocencia establecida como garantía constitucional a favor del procesado.

### **5.7.3.3. SENTENCIA No. 31846 del 2011**

La carga de la prueba está en cabeza de la fiscalía, quien para demostrar la culpabilidad de un sujeto en el desarrollo de una conducta punible puede utilizar los avances de la ciencia y desplegar todas las funciones, instrumentos o procedimientos que detecten esos aspectos, aunque hay ocasiones puede concluirse en la imposibilidad de lograr tales resultados.

Lo realmente inadmisibles es que el dueño de la acción penal quien tiene la carga de la prueba sea pasivo en temas notorios, donde solo es necesario la confrontación de las versiones de víctima y acusado.

#### **5.7.3.4. SENTENCIA No. 31147 del 2009**

Para ilustrar mejor la Corte Suprema de Justicia entra a analizar los delitos omisión de agente retenedor o recaudador, los hechos se basaron en que la DIAN denuncia a un comerciante por haber retenido dineros no declarados teniendo en cuenta que el comerciante se declaró con problemas económicos a la difícil situación que atravesaba el país y otros aspectos en general, aparecen los conceptos de la carga dinámica de la prueba, la presunción de inocencia basado en un principio fundamental que sustenta el procesado durante todo el proceso, inicialmente le competente la carga de probar al ente acusador 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 acoplamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación, el principio de *in dubio pro reo* reitera que es el acusador el que debe demostrar la culpabilidad de un procesado debido a que si no lo demuestra prevalecerá su inocencia a toda duda razonable que pueda existir, también sea manifestado que 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 este criterio se relaciona mucho con el concepto de la carga dinámica de la prueba que ha sido desarrollado en varias jurisprudencia y la Corte ha mencionado que la 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 ahora bien de acuerdo al caso la fiscalía aportó elementos probatorios la defensa quería demostrar, a partir del ofrecimiento de elementos probatorios concretos y verificables, que parte de los dineros declarados como recaudados por concepto de IVA, no entraron realmente a las arcas del procesado, debió aportar los elementos de juicio necesarios para ello, los cuales de todas maneras no podían exculpar totalmente al procesado, como quiera que éste admitió que parte de los mismos sí fueron efectivamente recibidos, pero que tuvo que destinarlos a otros menesteres por las dificultades económicas que atravesó su empresa y por ello falla la Corte casando la sentencia y modificando el fallo parcialmente.

Es oportuno recalcar que la presunción de inocencia está amparada por la ley y la constitución política, donde el Estado Social de Derecho colombiano tiene la carga de probar y por ello está en cabeza del ente estatal probar que una persona es responsable de un delito o participó en el mismo, dicho principio conocido como *onus probandi*, siendo la fiscalía quien debe desplegar toda la actividad probatoria con el único propósito de derrumbar la presunción de inocencia que goza toda persona como garantía procesal.

A la luz del principio de *in dubio pro reo* debe tenerse en cuenta que si la fiscalía no logra anular la presunción de inocencia de la cual goza todo ciudadano, se debe decidir a favor del acusado puesto que toda duda se debe resolver a su favor.

Cuando el ente persecutor despliega toda la labor investigativa para conseguir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida para comprobar que un individuo fue autor o partícipe de un delito esto le permite tener la seguridad



de realizar una acusación limpia y es ahí donde la defensa debe también corresponder y entregar los elementos de juicio suficientes para fundamentar sus peticiones.

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. (Proceso No 31147, 2009, pág. 4)

Cuando en materia penal se trata de solucionar un asunto con el concepto de carga dinámica de la prueba, se debe manifestar que con la aplicación de esta noción no se quiere relevar al Estado colombiano de su deber sino de que el procesado aporte las pruebas que posea por facilidad y así debatir las pretensiones de la fiscalía.

#### **5.7.3.5. SENTENCIA No. 33660 del 2011**

Se entra analizar el delito de homicidio bajo los siguientes hechos donde un proyectil impactó en el cuerpo de una mujer por parte de un hombre que sostenía una relación sentimental, donde el manifiesta que fue un accidente y la fiscalía como ente acusador presentó escrito de acusación diciendo que no fue producto de un accidente si no con toda la intención de matarla.

La carga de la prueba la tiene el Estado bajo el entendido de la Fiscalía General de la Nación, se asiste a este concepto cuando sobre determinado hecho se carece de medios de convicción suficientes o se está frente a una situación de duda, pues si una circunstancia se encuentra debidamente demostrada, carece de importancia el señalamiento acerca de qué parte

la probó, a quien correspondía hacerlo, pues en virtud del principio de comunidad de la prueba los resultados de la actividad probatoria de las partes, pertenecen al proceso y por lo tanto los elementos de juicio allegados pueden ser utilizados por cualquiera de ellas, 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, el 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 carga dinámica de la prueba, que inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgrede la presunción de inocencia, por lo tanto el concepto de carga dinámica de la prueba, permite exigir a la parte que posee la prueba, que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca, Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, lo que 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, de acuerdo al caso la corte permite que el acusado por intermedio de su apoderado deberá 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 del procesado, el fallo la corte decide no casar la sentencia.

Dentro de este marco ha de considerarse, que la carga de la prueba en el campo penal en unión con la presunción de inocencia da a conocer que la obligación de probar está en cabeza del ente estatal lo que involucra que la persona a quien se está investigando no tiene la obligación de probar que no participó en la conducta punible.

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 el trámite se extraña la prueba del hecho que beneficia a una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario.

En resumidas cuentas, el *onus probandi* en el campo penal como expresión del principio de presunción de inocencia, no genera absoluta pasividad por parte del acusado, cuando surge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la contraparte cuenta con la facilidad de aportar dicho medio para que beneficie sus intereses con el fin de restituir el equilibrio procesal esto es lo que se conoce como la categoría de 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.

La Corte Suprema de Justicia, ha dicho en varias ocasiones que la carga de la prueba ha de entenderse en un sentido formal y material, es decir que las partes tienen un deber ser en el

proceso, que radica en comprobar sus afirmaciones y negaciones, puesto que si no lo hacen así el resultado que buscan sería en contrario sensu; en excepcionales circunstancias la defensa deberá asumir un rol más activo dejando a un lado su pasividad procesal frente a presentar pruebas.

Con respecto a lo anterior la sala de casación penal, ha manifestado que es una exigencia de la parte acusada entregar al proceso la prueba que posea por facilidad de obtención, ahora bien si el ente acusador penal a empleado todos los recursos humanos, físicos, tecnológicos, entre otros para conseguir los medios de juicio para demostrar una solicitud de condena cumpliendo con esa carga probatoria necesaria que le faculta el artículo siete de la ley 906 de 2004, en ese momento a la contraparte también le corresponde entregar los elementos probatorios eficaces para soportar su pretensión.

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. (Proceso n.º 33660, 2011, pág. 18)

#### **5.7.3.6. SENTENCIA No. 35159 del 2012**

Es oportuno recalcar que la Corte Suprema de Justicia examinó en este caso los delitos lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, la situación recayó en la construcción de un complejo turístico y un condominio de 37 lotes que tenían un precio designado, hubo compradores que no tenían solvencia económica para adquirir los predios, además el abogado diseñó minutas contractuales con propietarios que nunca legalizaron la

compra, por tal razón la fiscalía decidió iniciar un proceso investigativo; aquí se tiene en cuenta conceptos como carga dinámica de la prueba y el de presunción de inocencia manifestando que excepcionalmente la primera es reconocida como soporte de los medios probatorios que fundamenta la pretensión, 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, como ya se anotó, 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, entendido estos criterios lógicos y racionales es claro que en algunos casos el procesado o defensa tienen en la mano los elementos probatorios suficientes para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador, pero esto no afecta el principio de presunción de inocencia de acuerdo al caso el procesado se convertirá en el único en poder demostrar, más allá del mero planteamiento, ahora bien la Corte falla no admitiendo la demanda al no tener los suficientes criterios para admitirla.

Por lo pronto la Corte, ha dejado muy claro que la carga de probar la tiene el Estado en cabeza de la fiscalía, si ella realiza una diligencia investigativa satisfactoria para el procedimiento penal, con el fin de aportar pruebas que con lleven al juez a un escenario que sobrepase el umbral de más allá de toda duda, donde se determine que existió un conducta punible y que el sujeto participó en la materialización de ello y hay algunos medios de prueba

que por facilidad de obtención los posee la parte acusada deberá por aplicación de carga dinámica de la prueba aportarlos puesto que el fin en sí mismo del proceso es llegar a la verdad entregando los elementos que permitan la reconstrucción de los hechos de la mejor manera.

Paralelamente a lo anterior, la aplicación de la carga dinámica de la prueba es la exigencia que se le puede hacer a la parte que tiene la prueba para que la exhiba y así abarcar las acciones que se busca. “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” (Proceso No 35159, 2012, pág. 11)

#### **5.7.3.7. SENTENCIA No. 40634 del 2013**

Con esta sentencia se analizan los delitos de homicidio y secuestro agravado en relación a dos jóvenes que fueron interceptados por el Ejército Nacional y que de acuerdo a los hechos aparecieran muertos y presentados como caídos en combate por enfrentamientos con grupos al margen de la ley

De la misma manera la Corte ha manifestado que el acusador (fiscalía), es el competente por la ley colombiana para buscar y aportar las pruebas al proceso y con ello demostrar que una persona incurrió en una acción delincuenciales ya sea como responsable directo o participe, el principio de *onus probandi*, radica en que el Estado es el encargado de finiquitar la presunción de inocencia de la goza todo colombiano como garantía procesal y constitucional en todo el territorio nacional, por eso el acusado no tiene ninguna obligación de acreditar su inocencia ya que es la fiscalía quien debe demostrar la culpabilidad del procesado.

De acuerdo con lo que se lleva dicho bajo la concepción del principio de *in dubio pro reo*, si el acusador no logra anular la presunción de inocencia de forma inmediata se debe absolver al acusado, ya que toda duda se resuelve a favor del acusado.

En todo caso ha de entenderse que si Fiscalía cumpliendo con su deber procesal de conseguir los elementos probatorios para poder sustentar su pretensión de acusación, pero le hace falta algún medio de prueba puesto que tiene mayor facilidad de aportación la defensa deberá entregar este y con ello ayudar a conocer la verdad y con ello soportar su pretensión.

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. (Proceso , 2013, pág. 38)

La corte manifiesta que en algunas ocasiones sería conveniente aplicar carga dinámica de la prueba en materia penal con el fin de acercarse a la verdad, como un método de agilidad procesal, si no es así se debe tener presente que la carga de la prueba está en cabeza del ente acusador y este axioma se integra con el principio de *in dubio pro reo* atribuye la prevalencia de la duda que con lleva a la absolución del acusado.

En todo caso se debe entender que la carga de la prueba que se aplica en el derecho penal colombiano va en sentido negativo porque el acusado no debe comprobar su inocencia ya que esta se presume hasta que se demuestre lo contrario y se logre evaporar esa verdad provisional que lo protege; la obligación probatoria incurre en la fiscalía que debe demostrar su pretensión penal y contrarrestar el derecho de inocencia que está incluido en el debido proceso.

la Corte hace la referencia a los conceptos de la carga de la prueba y el dinamismo probatorio bajo el principio de presunción de inocencia, ya que una de las partes menciona la inversión de la carga de la prueba que se encuentra en favor de la fiscalía y que toda duda que se presente deberá resolverse a favor del procesado, teniendo en cuenta su inocencia, también menciona que indudablemente la constitución política y la ley ampara la presunción de inocencia como los organismos internacionales, por lo tanto la carga de la prueba debe estar en poder del Estado y favor de la fiscalía como principal ente investigador y acusador, ya que es el encargado de desvirtuar dicha presunción; la inversión de la prueba que habla la Corte en este caso se basa en la posibilidad de que el procesado pueda presentar la pruebas e incorporarlas al proceso ya que puede tener la mejor condición de aportarlas.

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. (Proceso 49734, 2017)

Bajo ese criterio se puede concluir que lo que hizo la Corte Suprema de Justicia, es una distribución de la carga con el fin de que el acusado desvirtuó algo que ya fue aprobado por el ente acusador, sin violar el principio fundamental de presunción de inocencia que al dejar duda debe resolver a favor del procesado, por lo tanto en el caso que corresponde se decide inadmitir la demanda en relación a que no encontró dicha aseveración por parte del demandante.

#### **5.7.3.8. SENTENCIA No. 42516 del 2014**

La Corte Suprema de Justicia que entra analizar el delito de lavado de activos bajo los siguientes hechos desde Lima-Perú arriban al aeropuerto el Dorado de Bogotá dos personas que no declararon ante la DIAN la entrada de unos euros de diferentes denominaciones sin demostrar su verdadera procedencia ni el destino de las divisas.



La defensa alude la hipótesis susceptible de desvirtuar la teoría del caso presentada por la fiscalía, ya que la prueba que se presente tendría que ser de difícil acceso o de difícil obtención para el Estado por lo tanto es obligación de aquella, en virtud de criterio excepcional bajo la carga dinámica de la prueba para soportar los medios probatorios para fundamentar la pretensión, por que como se puede notar el principio de presunción de inocencia demanda del Estado en demostrar los elementos suficientes para sustentar la condena del procesado, si 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” Dentro de los 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 controvierta 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 de manera pues que si como en este caso la Fiscalía aportó todos los elementos probatorios orientados a edificar su teoría sobre la inferencia lógica en punto de la existencia del delito subyacente de enriquecimiento ilícito,

correspondía a la defensa desvirtuarla, lo que no hizo por lo tanto la corte decide no admitir la demanda.

Cabe señalar que la protección constitucional de presunción de inocencia permite a los ciudadanos no ser condenados por ninguna circunstancia hasta que se haya demostrado a conciencia la participación u autoría de determinada actividad delincencial; con respecto a lo ya mencionado se debe traer a colación que el ente estatal está facultado por la normatividad para desplegar toda la actividad investigativa con policía judicial a través del programa metodológico que indica las acciones a realizar para encontrar las pruebas que reconstruyan los hechos de cierta situación y así tener los soportes para su pretensión, es en ese momento que la defensa debe colocarse también activa y debatir lo expuesto.

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” (Proceso 42516, 2014, pág. 19)

#### **5.7.3.9. SENTENCIA No. 42815 del 2015**

La Corte Suprema de Justicia entra a analizar el delito de concusión bajo los siguientes hechos dos policías solicitaron dinero a dos propietarios de un bien por no contar con la licencia respectiva la cual conllevaba a que fueran sancionados, los propietarios del bien decidieron acceder y entregar una suma de dinero y en el momento de la entrega fueron capturados en flagrancia.

Le corresponde al Estado en cabeza de la fiscalía la carga de probar, pero la defensa se le permite desarrollar su particular teoría del caso a través de un comportamiento pasivo o inercial cuya legítima reposa, precisamente, en el hecho de que la carga de demostrar la responsabilidad penal compete a la fiscalía, ya que prevalece el principio de inocencia acompañado de su correlator *in dubio pro reo*, ahora bien la 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 puntuales, como se dijo, pueda tener operancia en el campo probatorio penal, pero solo para desvirtuar algo ya probado por la fiscalía quien tiene la carga, en este caso la Corte decide no casar la sentencia ya que cabe la posibilidad que la defensa pidió la carga como carga que le compete para desvirtuar la acusación, ese elemento no puede ser considerado para efectos de tomar la decisión final.

Conviene distinguir que la corte ha formulado que la carga de la prueba le corresponde al Estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, donde toda actividad probatoria adelantada por ella debe proveer al proceso tanto la prueba de cargos al igual que cualquier elemento probatorio que pueda favorecer la postura de la contraparte.

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 puntuales, como se dijo, pueda tener operación en el campo probatorio penal. (Proceso N° 42815, 2015, pág. 8)

La Fiscalía bajo el principio de transparencia debe desbordar todo un plus investigativo con el propósito de conseguir la verdad de los hechos en una situación en particular con lo que dejaría claro que hizo todo lo posible por conseguir los elementos de juicio necesarios, ahora si cierta prueba no fue posible obtener ya por facilidad de obtención sería obligación de la defensa aportar al proceso, dicha aseveración sólo se aplicará en caso excepcionales en materia penal.

#### **5.7.3.10. SENTENCIA No. 52287 del 2018**

La Corte Suprema de Justicia entra analizar el delito de fraude procesal, falso testimonio bajo los siguientes hechos por medio de un título valor se presenta demanda ejecutiva realizando el cobro de una deuda, donde una persona testifica haber visto la firma de título pero no se presenta dentro de la demanda, por lo tanto el juez civil decide compulsar copias a la fiscalía por los delitos mencionados con el fin de abrir investigación de acuerdo al caso.

En este fallo se examinó conceptos de carga de la prueba y carga dinámica de la prueba bajo el principio de presunción de inocencia, por lo tanto es el Estado el encargado de 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 esto fue acogido en algunas jurisprudencias y es determinante en la carga dinámica de la prueba entendido 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, bajo los estándares de prueba de más allá de toda duda razonable la carga dinámica de la prueba le imponía a la defensa del procesado desvirtuar la pretensión de la Fiscalía acreditando a través de cualquier medio probatorio, de acuerdo al caso la demandante sí había adquirido esa obligación, Porque de existir esa prueba documental no resulta razonable que la defensa haya omitido aportar, cuando mostró tanta diligencia en la actividad probatoria que desplegó, la postura del Tribunal, por consiguiente, consistió en no brindar alcance probatorio a lo dicho por la testigo de la defensa con el argumento según el cual, si era cierto el relato de esa persona, la letra de cambio había obrado como soporte documental de la liquidación conyugal. No es posible apreciar, en este aspecto, una inversión de la carga de la prueba. En este orden de ideas, el discurso del censor no es suficiente para controvertir la sentencia impugnada ni para demostrar un error de trámite o juicio. Por ende, el fallo de la corte fue el siguiente: la demanda no será admitida.

La Corte Suprema de Justicia en varias ocasiones ha indicado que es facultad del Estado colombiano sustentar con medios de prueba necesarios una solicitud de condena, el procedimiento penal también lo demanda de igual manera, por lo anterior la fiscalía general de la nación debe conseguir los medios de prueba a través de una actividad investigativa con ayuda de policía judicial quien de manera ágil realizará lo que el programa metodológico solicite y así con ello determinar si se realizó un delito y si el acusado tuvo participación, si la defensa técnica

busca controvertir a la contraparte deberá de igual forma entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

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. (Proceso N° 52287, 2018, pág. 8)

En materia penal la corte se ha manifestado mencionando que la noción de carga dinámica de la prueba es a fin con el estándar de prueba más allá de toda y esto lo ha reiterado en algunos fallos, explicando la versión oportuna de inocencia.

El concepto de carga dinámica impuesto en algunos asuntos radica en que el procesado aporte uno o varios medios de prueba que ayuden a afianzar su presunción de inocencia y así desvirtuar la pretensión de la fiscalía desplegando una actividad probatoria diligente.

### **5.8. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia sobre carga dinámica de la prueba en materia penal**

Con respecto al análisis jurisprudencial sobre aplicación de carga dinámica de la prueba en materia penal colombiana y el estudio minucioso de diez fallos emanados por la Corte Suprema de Justicia, se pudo evidenciar que las decisiones se basaron en los siguientes argumentos: que la noción de carga dinámica de la prueba se puede emplear excepcionalmente no para que el procesado o la defensa se le demande probar lo que le compete al Estado, sino lo ya probado por éste; asimismo expresa que existe una exigencia procesal de que la parte que tiene el medio de

prueba lo debe aportar al proceso inmediatamente; de igual forma también ha asegurado que aplicando esta noción no se rechaza el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal.

Análogamente cabe añadir que la Corte también ha indicado que, con la adaptación de la carga dinámica de la prueba en materia penal, se pretende entronizar en este campo del derecho discernimientos racionales y particularmente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Paralelamente a lo anterior también menciona que empleando esta noción no se afecta derechos fundamentales, garantías procesales y constitucionales del acusado, puesto que solo se emplearía en casos particulares donde sea de vital importancia dar por terminados de manera ágil y pronta.

Prosiguiendo con el tema los anteriores argumentos se han aplicado a fallos de diferentes delitos tales como: lavado de activos, enriquecimiento ilícito, omisión de agente retenedor, acceso carnal violento agravado, homicidio, secuestro agravado, concurso homogéneo, fraude procesal y falso testimonio; donde la fiscalía ha desplegado todo su equipo investigativo en pro de conseguir elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida con el propósito de sustentar su pretensión de condena para un sujeto en particular, en estos asuntos se presentó una constante la cual recaía en que hubo una prueba que fue de imposible adquisición para el ente acusador y que por ello la defensa debía aportarla al proceso ayudando con esto a comprobar la inocencia del inculpaado.

## **6. Objetivos**

### **6.4. Objetivo general**

- Identificar las tensiones que se presentan en la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal, el principio de presunción de inocencia y el estándar de prueba más allá de toda duda.

### **6.5. Objetivos específicos**

- Diferenciar la carga de la prueba como principio de autorresponsabilidad en materia civil, de la carga dinámica de la prueba como excepción a dicho principio en materia penal.
- Revisar los conceptos jurisprudenciales en materia penal que relacionen la carga dinámica de la prueba, el principio de presunción de inocencia y el estándar de prueba en materia penal más allá de toda duda.



## **7. Propósito**

Esta investigación tiene como fin, proponer la plausibilidad de la aplicación del dinamismo probatorio en la ley procesal Colombiana, sin que con ello se fomente la vulneración de los principios, derechos y garantías constitucionales que ostentan las partes dentro del proceso como: la presunción de inocencia, el debido proceso y el *indubio pro reo*, de tal forma que se pueda conseguir una justicia pronta con relación a los hechos ocurridos en un caso determinado, mediante el aporte del material probatorio por la parte que posea la mejor calidad para conseguirlo.

La aplicación de esta teoría permitirá sembrar en los particulares la conciencia social de obtener la verdad y velar por una justicia equitativa para todos; aunado a ello también alcanzar la descongestión de los despachos judiciales y la agilidad de los procedimientos.

## **8. Hipótesis**

Cuando el juez de conocimiento en materia penal colombiano distribuye la carga probatoria, no crea tensiones con el principio de presunción de inocencia y el estándar de prueba más allá de toda duda.

Se debe garantizar que las pruebas al interior del proceso judicial cumplan con llevar al juez a un conocimiento más preciso disminuyendo la incertidumbre que se asocia con la toma de decisiones, con miras a obtener una verdad más probable.

## **9. Metodología**

De acuerdo con esta investigación, hay que decir que tiene un corte cualitativo de carácter jurídico teórico, porque se abordará la posible aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia procesal penal Colombiana con miras a proponer si se crean tensiones con la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el debido proceso y el estándar de prueba más allá de toda duda y con base en lo anterior, se realizará un estudio de diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en una línea de tiempo comprendida entre 2008 a 2018 y así establecer si la normatividad vigente, código general de proceso (ley 1564 de 2012), código de procedimiento penal (ley 906 de 2004) y procedimiento abreviado penal (ley 1826 de 2017) están en consonancia con el uso de esta noción.

Desde este ángulo, se puede manifestar que, para resolver el problema jurídico establecido, se ha revisado la doctrina relevante en relación con la carga dinámica de la prueba y su aplicación. De igual forma se revisó la normatividad que regula esta teoría y su aplicación y se seleccionó la jurisprudencia que permite extender su aplicación en materia penal.

### **9.1. Tipo de estudio**

Este tipo de estudio a emplear es teórico con un enfoque cualitativo puesto que se intenta profundizar la figura de la carga dinámica de la prueba y su incidencia en materia penal, se observará como la normatividad y jurisprudencia ha avanzado para su empleo.

Es una investigación de carácter propositivo porque se propone como alternativa de solución para descongestionar el órgano jurisdiccional y lo que es más importante para que se puede conocer a ciencia cierta la verdad y conseguir de manera ágil y pronta una justicia equitativa y eficaz.

## **9.2.Diseño del plan de datos**

Se utilizará una técnica cualitativa, para examinar los datos recogidos durante la investigación, aplicando un análisis interpretativo a los datos resultantes de las fichas de análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la revisión de los diferentes doctrinantes y escritos sobre uso y aplicación de carga dinámica de la prueba, en las diferentes áreas del derecho, en especial en materia penal a nivel nacional e internacional.

Una vez se consiga una claridad en conceptos, se procederá a confrontar cada uno de los datos e informaciones en donde se vislumbre los presupuestos jurídicos del manejo de carga dinámica de la prueba en Colombia y en especial en el área penal en delitos diferentes a los querellables que en algunas situaciones es posible su uso, con esta investigación se busca es ir un poco más allá en el concepto de verdad, tratar de conseguir una certeza de lo ocurrido, una probabilidad muy cercana de los hechos que ocurrieron y con eso tal vez hacer camino para llegar a tan justicia tan deseada que a veces en nuestro contexto nacional se ha quedado rezagada.

Se comprobará que tan eficaz es el uso de cargas dinámicas de la prueba en penal, con la percepción sensorial de todos los datos sobre hechos y juicios oportunos al tema, debidamente depuradas.

Para mantener un control de la información se utilizará un procesador computarizado, para gestionar la información, con la discriminación necesaria de la bibliografía determinada y la recopilación de los datos y así poder clasificarlos.

### ***9.2.1. Gestión del dato***

Llegando a este punto se debe mencionar que se empezará con la elección de información que coadyuvará a realizar una, clara y concreta, comprensión de la teoría de la carga dinámica de la prueba, para todo ello se tendrá en cuenta libros nacionales e internacionales que desarrollen esta temática, algunos serán comprados para mantener a la mano la información, al igual que también se conseguirán por medio de préstamo de las bibliotecas del municipio de Pasto a las que se tiene un acceso directo.

Habría que decir también, que se va a revisar cuidadosamente la normatividad que regula la posible inversión de la carga probatoria en materia penal colombiana, la ley 906 de 2004 (código de procedimiento penal), ley 1564 de 2012 (código general del proceso) y la ley 1826 de 2017 (procedimiento abreviado penal), todo con el único propósito de conocer minuciosamente la legislación que permite su aplicación y cuáles son sus límites si los hay o si por el contrario es extenso y amplio su uso.

Posteriormente se inspeccionará diez jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia entre un periodo de 2008 a 2018 con el fin de determinar la apreciación que pueden tener los jueces frente a la aplicación de la carga dinámica de la prueba, lo anterior, para tener una amplia visión de cómo se concibe esta teoría ya en la práctica, esta clase de fuentes generan elementos y subreglas.

### ***9.2.2. Obtención del dato***

Para obtener los datos se usará una gran cantidad de técnicas y herramientas que serán utilizadas por los investigadores para desarrollar la temática de estudio, la información sobre la

aplicación de la carga dinámica de la prueba en penal se conseguirá a través de fuentes secundarias como: libros, artículos, jurisprudencias y leyes.

### **9.2.3. Recolección del dato**

Los investigadores por medio de la actividad de recopilación de información, podrá procesar los datos a través de fichas bibliográficas y jurisprudenciales, estas herramientas forjaran un conocimiento útil, para responder el problema jurídico determinado, que en este caso no es otro que el de comprender la posible aplicación de carga dinámica de la prueba en el procedimiento penal y como el empleo de este concepto puede o no transgredir la presunción de inocencia, el debido proceso y el *indubio pro reo*.

### **9.2.4. Control de sesgos**

Será el proceso mediante el cual los investigadores construirán un proceso para realizar una exploración certera y eficaz en donde se deje a un lado prejuicios, errores experimentales, variables posibles que pueden influir negativamente en la investigación, puesto que lo que se busca es generar un adelanto teórico, doctrinal y académico, libre de cualquier clase de probabilidades que forjen resultados no deseados, que a lo largo conciben retrocesos gigantescos, al momento de observar la posibilidad de la aplicación de la carga dinámica de la prueba en el procedimiento penal Colombiano.

## **9.3. Procesamiento del dato**

En base al tema de observación de la aplicación de carga dinámica de la prueba y afectación del principio de presunción de inocencia en materia penal colombiana, se optó principalmente por iniciar su estudio por medio de la recolección de información a través de doctrina en medio físico (libros) y magnético (documento web).

Esta fase, por así decirlo, permitió seleccionar la documentación relevante que a futuro será la que permita profundizar en los conocimientos necesarios para el desarrollo de esta, con esto se puede evaluar, clasificar y organizar la información útil en un proceso de datos que permitirá interpretar y analizar.

Todo lo anterior se realizó por medio de la búsqueda exhaustiva de información con respecto a la carga dinámica de la prueba y su aplicación en el contexto nacional en las diferentes áreas del derecho y a nivel internacional, cómo ha sido su avance respecto a esta temática; por ello una vez recolectados los datos se procede a crear una carpeta con el nombre de investigación que a su vez tiene una subcarpeta llamada anteproyecto en donde se encuentran uno a uno todos los documentos digitales que permiten ahondar más sobre esta teoría.

## **10. Resultados**

### **10.1. ¿En Colombia se ha aplicado carga dinámica de la prueba para solucionar conductas punibles?**

Para empezar, es prudente decir que la Corte Suprema de Justicia resolvió diferentes asuntos de distinto delito entre los años de 2008 a 2018, con la aplicación de carga dinámica de la prueba. Desde este contexto valga subrayar que el empleo del dinamismo probatorio en estas decisiones jurisprudenciales tiene sus inicios con vigencia de un sistema de corte inquisitivo para delitos de enriquecimiento ilícito y omisión de agente retenedor, del mismo modo implícitamente se usó iguales argumentos para aplicar dicha noción en el delito de lavado de activos. Con lo mencionado anteriormente se buscaba flexibilizar la carga en cabeza de la fiscalía invirtiendo hacia la defensa hechos que se encontrara en mejor capacidad de documentar y así rebatir las pruebas de la fiscalía.

Con la ley 906 de 2004 la Corte ha aplicado carga dinámica de la prueba excepcionalmente en un sistema de tendencia acusatoria mixta, suponiendo que cada parte debe probar lo que le interesa allegando medios de prueba suficientes por facilidad de obtención. Cuando el ente acusador presenta un activismo probatorio por ende la defensa no puede quedarse pasiva si no por el contrario buscar la absolución.

De igual forma la teoría de la carga dinámica de la prueba se ha empleado para diferentes delitos como homicidio, secuestro, acceso carnal violento, entre otros; la argumentación que la Corte utiliza es que hay posibilidad de aplicar esta noción por la pretensión de una intervención probatoria más extenuada por parte de la fiscalía y la defensa, donde la ciudadanía sienta como suyo el activismo procedimental y se logre llegar a una posible verdad.



## **10.2. ¿Con lo investigado es posible aplicar carga dinámica de la prueba en materia penal?**

La Corte Suprema de Justicia en algunas situaciones ha empleado el concepto de carga dinámica de la prueba con el afán de llegar a la verdad y generar justicia, ese desarrollo jurisprudencial se ha empleado entre 2008 a 2018 en delitos como: enriquecimiento ilícito, lavado de activos, homicidio, acceso carnal violento, omisión de agente retenedor, fraude procesal.

La corte ha venido obedeciendo a una misma estructura argumentativa haciendo uso tácito de fallos que otrora se utilizaron con el propósito de descongestionar el sistema jurisdiccional y reparar a la víctima.

Por medio de la ardua lectura se ha podido vislumbrar que en el procedimiento penal colombiano no es imposible la aplicación de la teoría de carga dinámica de la prueba puesto que la ley 906 del 2004 en su artículo 7 menciona que la carga de probar está en cabeza del ente persecutor y que no podrá ser relevado por ninguna circunstancia, de igual forma bajo la consecución del principio de presunción de inocencia será la fiscalía quien encuentre los elementos de juicios necesarios para acusar a un individuo de la comisión de una conducta punible reprochable por la sociedad, la defensa no debe probar la inocencia de su defendido ya que esa es una presunción de derecho que debe salvaguardarse, será solo en la audiencia preparatoria y el juicio oral que muestre sus medios de prueba con el fin de controvertir pero no de probar inocencia.

## **11. Conclusiones**

**11.1.** Con la distribución probatoria no se afectan las garantías procesales del acusado porque al fijar quienes deben probar se reconoce la facultad de probar no solo recae en quien alega unos hechos como sustento de su pretensión si no que cada parte debe probar los hechos que alega.

**11.2.** En esta investigación se ha estudiado la posibilidad de aplicar de manera excepcional el concepto de carga dinámica de la prueba en materia penal colombiana; con la búsqueda realizada se evidenció que es imposible su aplicación por la protección procesal y constitucional de presunción de inocencia, siendo esta la primera tensión encontrada, puesto que es un principio rector del procedimiento asociado con el in dubio pro reo que es una garantía constitucional, un derecho fundamental, una regla probatoria, que no permite obligar al acusado a acreditar un hecho y por la absoluta aplicación de esta presunción no hay carga dinámica de la prueba.

**11.3.** Comprendiendo los elementos claves y la evidencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se encontró que otra tensión para la aplicación de carga dinámica de la prueba en materia penal es el principio legal de defensa, por el cual ningún ciudadano está obligado a probar un hecho que lo pueda incriminar, porque con ello se efectuaría una transgresión directa y real al derecho fundamental de la no autoincriminación.

**11.4.** Dentro de todo el análisis expuesto, fue posible diferenciar dos grandes nociones que están arraigadas en el mundo jurídico, primero la carga de la prueba como principio de autorresponsabilidad, siendo este el escenario que tiene la parte procesal que alega un hecho para demostrarlo con todo su acervo probatorio y segundo la carga dinámica de la prueba en donde el fallador siempre deberá hacer el análisis de quién tiene facilidad de probar cierto hecho en el proceso, cabe resaltar aquí que en materia penal no se permite que el tercero imparcial puede solicitar pruebas de oficio ya que con ello se estaría insinuando que con el aporte de cierto medio probatorio el resultado podría ser diferente y con ello transgredir absolutamente el principio acusatorio.

**11.5.** Después de analizar diez fallos emanados por la Corte Suprema de Justicia, en un periodo comprendido de 2008 a 2018 en delitos como: lavado de activos, enriquecimiento ilícito, omisión de agente retenedor, acceso carnal violento agravado, homicidio, secuestro agravado, concurso homogéneo, fraude procesal, falso testimonio; se pudo evidenciar que el alto tribunal tomo la decisión para aplicar carga dinámica de la prueba en materia penal colombiana durante estos años y en diferentes conductas punibles argumentando que es una exigencia procesal que quien posee la prueba debe presentarla al procedimiento, puesto que hay elementos de juicio que sólo los posee el procesado, que el *onus probandi* dinámico puede ser usado no para que la defensa pruebe la inocencia sino para sustentar el proceso, que con la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia penal, se pretende colocar discernimientos racionales y predominantemente lógicos respecto a las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer y finalmente manifestó que utilizando esta noción no se repugna el concepto de carga de la prueba en materia penal y que con ella no afecta derechos fundamentales del acusado.

## 12. Recomendaciones

**12.1.** La sugerencia en este ámbito de investigación con relación al estudio realizado frente a la posibilidad de aplicar carga dinámica de la prueba en materia penal colombiana, simplemente recae en invitar a los jurisconsultos a realizar una lectura ardua de los fallos emitidos por Corte Constitucional que es otro de los altos tribunales colombianos, quien también se ha manifestado en algunas ocasiones frente al *onus prondandi* dinámico en el campo penal, verbigracia es la sentencia T – 590 de 2009, donde se analiza quién tiene el deber de probar en procesos de extinción de dominio manifestando que:

**a.** En relación con el primer punto, la Corte ha expresado que, si a la acción de extinción de dominio no se extiende las garantías de la ley penal, tampoco cabe predicar la presunción de inocencia en la materia. Por ello, el régimen probatorio de la extinción de dominio admite la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba que prescribe que los hechos debe probarlos quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo.

**b.** (Sentencia T - 590 de 2009, 2009, pág. 26).

De igual forma también se recomienda la lectura de la sentencia C – 417 de 2009, donde se evalúa la relativización de la carga de la prueba, al igual que la revisión del recurso de casación suscitado del radicado 33022 del 20 de octubre de 2010, entre otros más que existen.

Si bien es cierto que con esta investigación se menciona la imposibilidad de la carga dinámica de la prueba en el sistema acusatorio mixto colombiano sí es relevante empaparse un poco más sobre esta temática y con ello evitar cometer yerros que vulneren o transgredan el sistema.

**12.2.** Paralelamente a lo anterior también se propone a la académica la posibilidad de que ella brinde las capacitaciones necesarias sobre la diferencia entre la carga de probar, la carga dinámica de la prueba, el principio de autorresponsabilidad de las partes y la distribución probatoria en cada una de las diferentes ramas del derecho, puesto que dependiendo de las particularidades concretas de cada área cambia su aplicación; es vital esta formación para evitar errores que puedan perjudicar a todo el conglomerado nacional, el personal de la rama judicial, los abogados titulados (litigantes) y los estudiantes en general de la carrera de derecho agradecerán dicho aprendizaje que engrandecerá su conocimiento jurídico.

### **13. Ética**

La investigación desarrollada generó un conocimiento vital para poder comprender y entender los alcances de la carga dinámica de la prueba en materia penal colombiana, toda la información que se obtuvo solo se utilizó para responder el problema jurídico planteado.

Se aplicará el “Estatuto de Propiedad Intelectual de la Universidad de Medellín”. Toda la información recogida y analizada pertenece a los archivos de la investigación, no será público por ningún medio escrito, oral o virtual sin la previa autorización de la Universidad de Medellín, y solo se utilizarán para continuar con la investigación TENSIONES ENTRE LA APLICACIÓN DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL, EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA Y EL ESTANDAR DE PRUEBA MAS ALLA DE TODA DUDA.

Se deberá respetar los derechos de autor así como lo demandan las normas y reglamentos, se deberá colocar la reseña bibliográfica en notas de pie de página, con indicación precisa de los datos de referencia.

## 14. Referencias

(s.f.).

Proceso No 35159, Radicado 35159 (Corte Suprema de Justicia 12 de octubre de 2012).

Proceso No 40634, Radicado 40634 (Corte Suprema de Justicia sala de casación penal 31 de Julio de 2013).

Radicado 23754 de 2008 (Corte Suprema de Justicia 2008).

Artavia, Sergio; Picado Carlos. (noviembre de 2018). *Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico*. Obtenido de Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico: [https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2018/Noviembre/Capitulo\\_19\\_La\\_pueba\\_genereal.pdf](https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2018/Noviembre/Capitulo_19_La_pueba_genereal.pdf)

Bustamante Rúa, M. M. (2010). *La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano*. Medellín: Opción Jurídica.

Bustamante Rúa, M. M. (2010). La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. *Opción Jurídica*, 76.

Castro, Pietro; Ferrandiz Leonardo. (1989). *Derecho Procesal Civil Quinta edición*. Madrid: Tecnos.

Constituyente, a. n. (17 de Julio de 2016). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.: LEYER. Obtenido de Corte Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Colombia, C. d. (24 de julio de 2000). *Funcion Publica*. Obtenido de Funcion Publica: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6389>

*Deconceptos.com*. (10 de 01 de 2020). Obtenido de Deconceptos.com: <https://deconceptos.com/ciencias-sociales/estandar>

Devis Hechandia, H. (1995). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá D.C.: ABC.

Díaz Restrepo, J. C. (12 de 01 de 2016). *Scielo*. Obtenido de Scielo: <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>

*Diccionario de Sinónimos y Antónimos*. (1991). Colombia: Planeta s.a.

*Diccionario Enciclopédico Norma Castell*. (1987). Madrid: Norma.



- Diccionario Jurídico Consultor Magno*. (2010). Colombia: D´vinni s.a.
- Echandia, D. H. (2007). *Compendio de la Prueba*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Espitia, N. (2013). *La Carga de la Prueba frente al Principio de Presuncion de Inocencia en el Estado Colombiano* . Verba Iuris .
- Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
- Fernández, M. (2005). *Prueba y Presunción de Inocencia*. Madrid: Trotta.
- Ferrer, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (08 de 06 de 2020). *Canal de Youtube IUS360*. Obtenido de Canal de YouTube IUS360: <https://youtu.be/ETGgkPuWHmE>
- Ferrer Beltrán, J. (08 de 08 de 2010). *Canal de Youtube IUS360*. Obtenido de canal de YouTube IUS360: <https://youtu.be/ETGgkPuWHmE>
- Gonzalez, K. L. (2018). *El acusador privado y la aplicacion del principio de oportunidad* . Bogota.
- Jorge W Peyrano y Julio A Chiappini. (2008). *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Juan Felipe Mejia, J. (2015). *Desafío del Acusador Privado en el Sistema Procesal Colombiano* . Bogota.
- Kazazi, M. (1995). *Google Books*. Obtenido de Google Books: <http://books.google.com/books?id=alxWnnkb5b8C> T
- Kazazi, M. (s.f.). *Google Books*. Obtenido de Google Books: <http://books.google.com/books?id=alxWnnkb5b8C> T
- Martínez, A. R. (2018). *Derecho Procesal Civil parte general y pruebas vigésima edición*. Bogotá D.C.: LEYER.
- Martínez, J. J. (2012). *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Bogotá D.C.: Nueva Jurídica.
- Mojtaba, K., & Kazazi, M. (s.f.). *Burden of proof and related issues: a study on evidence before international tribunals*. Obtenido de Google Books: <http://books.google.com/books?id=alxWnnkb5b8C> T
- Muñoz, M. (3 de marzo de 2020). *estandares de prueba*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=AHNeEF43f0w&t=8244s>

Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Parra Quijano, J. (2004). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá D.C.: Ediciones de la profesional Ltda.

Peyrano Jorge W y Chiappini Julio A. (2008). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Proceso , N 40634 (2013).

Proceso 42516, Radicado N° 42516 (Corte Suprema de Justicia 2 de abril de 2014).

Proceso n. ° 33660, Radicado 33660 (Corte Suprema de Justicia 25 de mayo de 2011).

Proceso N° 42815, Radicado 42815 (Corte Suprema de Justicia 4 de febrero de 2015).

Proceso N° 52287, Radicado 52287 (Corte Suprema de Justicia 30 de mayo de 2018).

Proceso No 23754, Radicado 23754 (Corte Suprema de Justicia 9 de abril de 2008).

Proceso No 31103, Radicado 31103 (Corte Suprema de Justicia 27 de marzo de 2009).

Proceso No 31147, Radicado 31147 (Corte Suprema de Justicia 13 de mayo de 2009).

Proceso 49734, 49734 (Corte Suprema de Justicia 24 de julio de 2017).

Pulecio Boek, D. (2012). *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Bogotá D.C.: IBAÑEZ.

Radicado 40634, Radicado 40634 (Corte Suprema de Justicia 31 de julio de 2013).

República, C. d. (2012). *leyes.co*. Obtenido de *Leyes.co*:  
[https://leyes.co/codigo\\_general\\_del\\_proceso/167.htm](https://leyes.co/codigo_general_del_proceso/167.htm)

República, C. d. (2014). *Código de procedimiento civil*. Bogotá D.C.: Leyer.

República, C. d. (2016). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C.: LEYER.

República, C. d. (2016). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C.: LEYER.

República, C. d. (11 de 01 de 2020). *Código de procedimiento penal colombiano*. Obtenido de Código de procedimiento penal colombiano:  
<http://procedimientopenalcolombiano.blogspot.com/2010/01/art381-conocimiento-para-condenar.html>

República, C. d. (08 de 01 de 2020). *Constitución Política de Colombia*. Obtenido de Constitución Política de Colombia: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-29>

Sentencia T - 590 de 2009, Sentencia T - 590 de 2009 (Corte Constitucional 27 de agosto de 2009).

Tapper, C. (1995). *Cross and Tapper on evidence, London, Dublin, Edimburgh, Buerworths*. London: 8th ed.

TARUFFO, M. (s.f.). *LA PRUEBA, ARTÍCULOS Y CONFERENCIAS*. METROPOLITANA.

Taruffo, M. (08 de 06 de 2020). *Canal YouTube Catedral de Cultura Jurídica*. Obtenido de Canal YouTube Cátedra de Cultura Jurídica: <https://youtu.be/YCWRMdfjZzE>

Valentin, G. (2008). Analisis critico de la llamada teoria de las cargas probatorias dinamicas. *Revista Uruguaya de derecho procesal* , 351 - 366.

Velloso, A. A. (2009). *El mundo procesal rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso*. Lima: Egacal.

## 15. Anexos

### 15.1. Ficha jurisprudencial Radicado No. 23754

<b>● GENERALIDADES</b>	
<b>c. Fecha de análisis</b>	21 de julio del 2020
<b>d. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.
<b>e. Corporación</b>	2. Corte Constitucional <input type="checkbox"/> 3. Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> 4. Consejo de Estado <input type="checkbox"/> 5. Otra, ¿cuál? <input type="checkbox"/> <b>Sala: Casación Penal</b>
<b>a. Tipo de Providencia</b>	Demanda de casación
<b>b. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 23754
<b>Fecha de la Providencia</b>	09 de abril del 2008
<b>Delito</b>	Lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares
<b>i. Magistrado Ponente</b>	<b>● SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ</b>
<b>ii. Demandantes</b>	MARÍA MERCEDES GÓMEZ GÓMEZ
<b>iii. Tema</b>	Recurso de casación
<b>iv. v. vi. vii. Hechos</b>	<p>El 5 de septiembre de 2002, en el Aeropuerto Internacional el Dorado de la ciudad de Bogotá, fue retenida la señora MARÍA GÓMEZ, cuando arribó procedente de la ciudad de Madrid (España), con ciento siete mil doscientos dólares (US \$ 107.200) en efectivo, camuflados en cajas de rollos de película para cámaras fotográficas, dinero que no había sido declarado ante la Dirección de Aduanas Nacionales, por tal razón la Fiscalía abrió investigación penal como posible autora del delito de lavado de activos.</p> <p>El Juez Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, mediante sentencia del 26 de diciembre de 2003, absolvió a la procesada por delito de enriquecimiento ilícito de particulares y la condenó como autora del punible de lavado de activos, tanto la defensa como el acusador interpusieron recurso de reposición don el Tribunal Superior que mediante sentencia confirmó y adicionó el fallo de primera instancia en el sentido de imponer a la procesada la pena de multa en cuantía</p>
	<b>Demanda de MARÍA GÓMEZ</b> manifiesta haber una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de un falso juicio de existencia, sosteniendo que en este caso particular no existe prueba que permita inferir la génesis ilícita de

<p><b>Pretensiones</b></p>	<p>las divisas incautadas, los falladores se basaron en meras suposiciones, pues no existe un solo elemento de juicio que permita inferir que el dinero incautado proviene de alguno de los ilícitos contemplados en el artículo 323 de la Ley 599 de 2000, por lo que permanece incólume la presunción de inocencia de la procesada MARÍA GÓMEZ, además recuerda que en el curso de su indagatoria ella relató claramente las circunstancias de tiempo, modo y lugar como recibió el encargo del señor Narciso Romero, al parecer de nacionalidad española, según la cita textual que trae de la misma por lo tanto solicita que se case la sentencia impugnada y, en su lugar, se absuelva a la procesada del delito de lavado de activos.</p> <p><b>Demanda del Fiscal</b> presenta dos cargos uno por violación directa de la ley sustancial y el segundo por la violencia indirecta con base a un falso juicio de legalidad, el primer cargo se produjo cuando al tasar la pena el Tribunal no se movió dentro del ámbito que le daba un mínimo de 8 años de prisión y un máximo de 22 años y 6 meses, porque el delito de lavado de activos se cometió mediante operaciones de cambio, de acuerdo con lo previsto en el inciso cuarto del citado artículo 323 del Código Penal, De allí colige el Fiscal recurrente que el ingreso de dólares al territorio nacional por parte de la procesada GÓMEZ tiene el carácter de “operación de cambio” y, por ende, se ajusta a la previsión del inciso 4º del artículo 323 del Código Penal para que opere el aumento de pena, de una tercera parte a la mitad, por lo que de conformidad con el artículo 60 del Código Penal, el ámbito punitivo debió fijarse entre un mínimo de 8 años y un máximo de 22 años y 6 meses de prisión. <b>Segundo cargo.</b> Se produjo al considerar que MARÍA GÓMEZ no era la propietaria de los dólares a pesar de estar probada tal condición, falencia que significó la inaplicación de los artículos 762 del Código Civil, 31 y 327 del Código Penal además el Tribunal reconoció que los dólares fueron hallados dentro de unas películas fotográficas que llevaba consigo la señora GÓMEZ cuando fue capturada. Sobre este hecho hay unánime aceptación por todos los sujetos procesales y las autoridades que participaron en el proceso por lo tanto debe recordarse que el inciso primero del artículo 762 del Código Civil establece que la posesión es la tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño, mientras que su inciso segundo prevé que el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo, en el presente caso, la procesada GÓMEZ es propietaria de las divisas porque (i) fue sorprendida cuando las llevaba escondidas a su llegada al país el 5 de septiembre de 2002; era su tenedora, con ánimo de señora y dueña, sin posibilidad de interpretar esa situación de otra manera diferente; (ii) tenía los billetes ocultos en su equipaje, se movilizó con ellos, negó ante las autoridades su posesión, y llevó en general actos propios del poseedor, asumiendo las consecuencias, como las sanciones laborales a que se podía someter; (iii) siendo la poseedora se presume como propietaria según el inciso 2º del artículo 762, y nadie se adjudicó la propiedad del dinero; (iv) las explicaciones fueron consideradas fallidas porque aludieron a unas personas que no existen-Narciso Romero y un tal Pepe-; (v) nadie reclamó en el proceso la propiedad del dinero; (vi) el dicho del poseedor no es el único criterio para establecer su condición de propietario, la cual se desprende, en situaciones como los del proceso, por la situación fáctica, además manifiesta que los delitos deben concursar y solicita que concluye a la Corte que case el fallo demandado y, en sede de instancia, condene a la procesada MARÍA GÓMEZ por Enriquecimiento Ilícito en concurso con Lavado de Activos.</p>
	<p><b>DE LA DEMANDA DE LA PROCESADA MARÍA GÓMEZ</b> el defensor de la procesada alega un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de la prueba, aduciendo que los juzgadores dieron por demostrado el origen ilícito de</p>

**DECISION DE LA CORTE**

la divisa incautada sin que obrara en el proceso elemento de convicción alguno que acredite ese origen, la corte hace una mención del delito de lavado de activos y recuerda que la jurisprudencia de esta Corte tiene sentado que aunque en el delito de lavado de activos es necesario demostrar en el proceso que los bienes objeto del mismo provienen de alguna de las actividades ilícitas a que se refiere el trascrito artículo 323, para su acreditación no es necesario, sin embargo, la existencia de una sentencia previa en ese sentido, sino que en el proceso debe estar patente esa situación, bien sea que la conducta se le cargue a quien se investiga o a un tercero, sin que esa particularidad demande una prueba específica. “...basta con que el sujeto activo de la conducta no demuestre la tenencia legítima de los recursos, para deducir **con legitimidad** y en sede de sentencia que se trata de esa adecuación típica (lavado de activos), porque en esencia, las diversas conductas alternativas a que se refiere la conducta punible no tienen como referente “una decisión judicial en firme”, sino la mera declaración judicial de la existencia de la conducta punible que subyace al delito de lavado de activos”. Se reiteró así la tesis de que lavar activos es una conducta punible autónoma y no subordinada: Bajo esa lógica, en el presente caso, 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. Por lo tanto, el juzgador no incurrió en el falso juicio de existencia por suposición que le achaca el defensor, ya que la inferencia del origen ilícito de la divisa incautada, provino de la apreciación de los elementos materiales probatorios incorporados al proceso.

**DE LA DEMANDA DEL FISCAL Y AL PRIMER CARGO: violación directa** que condujo a la imposición de una pena menor a la que le correspondía a la procesada por haber realizado el lavado de activos mediante operaciones de cambio, se observó por imputación fáctica-también lo ha expresado la jurisprudencia de la Sala-debe ser entendido los hechos constitutivos de la conducta típica objeto de investigación, es decir, el conjunto de circunstancias espacio temporales y modales que la configuran; en tanto que por imputación jurídica, la determinación del delito cometido, o especie delictiva que la conducta realiza.

De modo que “se requiere inequívoca imputación jurídica, sin que ello implique que figure en la parte resolutive de la acusación, ni que se le identifique por su denominación jurídica o por la norma que la consagre. Implica, pues, valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación, que no se abrigue duda acerca de su imputación.”

En tales condiciones, mal puede predicarse que en la resolución acusatoria se imputó inequívocamente la circunstancia de agravación punitiva cuya aplicación reclama ahora el Fiscal casacionista, cuando ni siquiera en la delimitación de los hechos allí contenida se concretó el supuesto fáctico que la configuraba, esto es, que el transporte de divisas-conducta que en concreto se le atribuye a la procesada, constituía una operación cambiaria.

“son las transacciones que involucran divisas, el movimiento de la moneda extranjera que implica su intercambio o su incorporación al mercado, no la mera

tenencia o posesión del recurso; y mal podría hacerlo si la posesión de divisas es legal (aunque vigilada)”.

Y aunque el Tribunal no dio una respuesta específica a esa alegación, la omisión resulta hoy intrascendente ante la acreditación de que la circunstancia de agravación no fue imputada en la resolución de acusación y ello impedía su reconocimiento en el fallo de condena.

**SEGUNDO CARGO. Violación indirecta;** Aunque el demandante se equivoca en la enunciación del error que atribuye al fallador por la vía del error de derecho por falso juicio de identidad, quedó claro, sin embargo, que su discurso se contrae a sostener el desconocimiento de la presunción regulada por el artículo 762 del Código Civil, es decir, era la poseedora, debía presumirse, por tanto, que era su propietaria, pese a lo cual los juzgadores se abstuvieron de darle esa calidad para absolverla del delito de enriquecimiento ilícito.

Postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, 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*, Bajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia,

Sobre ese principio, la doctrina constitucional tiene sentado que:

“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 de una duda razonable, basada en el material 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, por ello, 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.

Esa diferencia justifica que en materia civil la responsabilidad pueda sustentarse en meras presunciones en los eventos que dispone la ley conforme a lo establecido en el artículo 66 del Código Civil, el cual consagra dos tipos de presunciones: las de derecho o *juris et de jure* y las simplemente legales o *juris tantum*, clasificación que obedece estrictamente al aspecto probatorio. Las primeras por fundarse en situaciones científicas incuestionables no admiten prueba en contrario, mientras que las segundas son desvirtuables por esa vía.

La presunción de que trata el artículo 762 del Código Civil, según la cual, “[E]l poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”, es de carácter legal en la medida en que: i) no se funda en una situación científica incuestionable, y ii) admite prueba en contrario, pues, aunque el hecho de la posesión hace presumir el derecho de propiedad, ello será mientras no se demuestre que el derecho lo tiene otro, y siempre y cuando esa posesión se ejerza con ánimo de señor y dueño.

A este efecto, 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, como ya se anotó, 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, 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

En mérito a lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLO**

*Casar parcialmente* el fallo impugnado, en razón de que prospera el segundo cargo de la demanda presentada por la Fiscalía En consecuencia:

**1°. REVOCAR** la absolución decretada a favor de MARÍA GÓMEZ por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

**2°. CONDENAR** a la procesada MARÍA GÓMEZ a la pena principal de 7 años de prisión



**15.2. Ficha jurisprudencial Radicado No. 35159**

<b>• GENERALIDADES</b>	
<b>c. Fecha de análisis</b>	2 de junio del 2020
<b>d. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.
<b>e. Corporación</b>	6. Corte Constitucional <input type="checkbox"/> 7. Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> 8. Consejo de Estado <input type="checkbox"/> 9. Otra, cuál? <input type="checkbox"/> <b>Sala: Casación Penal</b>
<b>a. Tipo de Providencia</b>	Demanda de casación
<b>b. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 35159
<b>Fecha de la Providencia</b>	31 de octubre del 2012
<b>Delito</b>	Lavado de activos Enriquecimiento ilícito de particulares

<p><i>i. Magistrado Ponente</i></p>	<p>Luis Guillermo Salazar Otero</p>
<p><i>ii. Demandantes</i></p>	<p>Said Alberto Ruano Miranda German Gómez Orrego</p>
<p><i>iii. Tema</i></p>	<p>Demanda de Casación</p>
<p><i>iv. Hechos</i></p>	<p>En 1998, la compañera sentimental de Orrego adquirió un inmueble de trece hectáreas el cual lo dividió en dos lotes: uno denominado Quiroga y el otro Las Gaviotas, que aportó a la sociedad con ese último nombre. Éste, a su vez, fue fraccionado en dos partes: en la primera, se construyó un complejo turístico; y, en la segunda, un condominio de 37 lotes, vendido cada uno en \$45'000.000, figuraron como compradores del predio personas conocidas o con vínculos personales, laborales o familiares con German Orrego los cuales carecían de recursos económicos para adquirir por sus propios medios los inmuebles.</p> <p>Por su parte, el abogado asesor del complejo turístico, SAÍD MIRANDA, estipuló a nombre de otras personas que aparecieron como compradores en las minutas de las escrituras que él redactó. Estos supuestos adquirentes, al parecer, pagaron el precio de los lotes, pero jamás firmaron las escrituras ni las registraron en la Oficina de Instrumentos Públicos. Tampoco tenían capacidad económica para realizar el negocio e incluso algunos dijeron no tener conocimiento acerca de lo sucedido, por lo anterior, la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos ordenó la apertura del proceso y vinculó a German Gómez y Said Miranda y los acusó por las conductas punibles de <i>falsedad material en documento público</i> y <i>lavado de activos agravado</i> y enriquecimiento ilícito</p> <p>El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Armenia condeno a los responsables de igual manera los defensores apelaron la decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia los absolvió por la conducta punible de <i>falsedad material en documento público</i>. Por lo tanto, redujo las penas impuestas a los recurrentes y los condeno por el resto de los delitos a las penas respectivas, contra la sentencia de segundo grado, interpusieron los apoderados de Said Miranda y German Orrego el recurso extraordinario de casación</p>
<p><b>Pretensiones</b></p>	<p>A favor de SAÍD MIRANDA quien solicito 3 cargos, que se caracterizaron por ser errores de hecho en la valoración probatoria, falso raciocinio donde manifestó que el tribunal cometió un yerro en las versiones testificadas ya que los lotes no fueron entregados en materia civil, la estipulación sólo produce efectos jurídicos si el beneficiario aprueba tácita o explícitamente lo estipulado. Por lo tanto, él no estaba obligado a recibirlos ni a registrar las escrituras, el objeto de esa figura jamás nació a la vida jurídica, Falso juicio de existencia por omisión del informe del CTI de 14 de julio de 2008. El ad quem desechó las razones del procesado por carecer de soporte probatorio, Falso raciocinio. Al valorar la versión del procesado, el Tribunal partió de presumir su culpabilidad y mala fe. SAÍD MIRANDA estaba convencido de que su actuar era lícito y, por lo tanto, incurrió en error de prohibición por lo tanto solicita a la Corte casar la sentencia del ad quem y absolver por el delito de lavado de activos.</p> <p>A favor de GERMÁN ORREGO formuló el demandante un cargo principal que se caracteriza en la Violación del debido proceso por desconocimiento del principio</p>

	<p>de prohibición de doble valoración. Hay un concurso aparente de tipos entre el de lavado de activos y el de enriquecimiento ilícito de particulares. Como es un concepto jurídico el del patrimonio, ingresar algo a éste también es un acto de la misma índole, es decir, tiene que hacerse a un título jurídico determinado darles forma jurídica a los ingresos ilícitos, por lo tanto, hace parte de la valoración del enriquecimiento ilícito del particular. GERMÁN ORREGO fue procesado por reingresar a su patrimonio un dinero proveniente de fuente ilícita, no por dar apariencia de legalidad a un capital nuevo o de terceros, falso racionio (subsidiario). Las instancias quebrantaron o desconocieron reglas de la experiencia al construir y apreciar los indicios a partir de los cuales basaron la condena.</p> <p>Además, en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, el Tribunal tomó la diferencia de información financiera entre los ingresos y las declaraciones de renta para inferir responsabilidad penal, sin embargo, lo anterior no se explica de manera necesaria por un acto delictivo. en consecuencia, la suma de indicios morales y leves en este caso no edifica certeza para el sistema de sana crítica, ni por contera conduce a una condena penal, falso juicio de identidad (subsidiario). La ausencia de justificación de la procedencia del capital, dictaminado en el estudio contable de 22 de marzo de 2005 que realizó la policía judicial, no demuestra el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, pues éste lo constituye el incremento proveniente de determinadas fuentes delictivas. en este orden de ideas, solicitó el recurrente a la Sala, respecto del primer reproche, anular todo lo actuado a partir de la apertura de la instrucción. Y, en cuanto a los dos cargos subsidiarios, casar el fallo impugnado y absolver al procesado de los delitos a él atribuidos.</p>
<p><b>DECISION DE LA CORTE</b></p>	<p>El demandante SAÍD MIRANDA planteó dos falsos racionios y un falso juicio de existencia en la valoración de la prueba, en este asunto, el profesional del derecho formuló tres reproches, todos ellos contradictorios entre sí, sin que ninguno lo formulara en subsidio del otro. En el primero, adujo que la acción del procesado no tuvo trascendencia jurídica. En el segundo, afirmó que su proceder era conforme a derecho (esto es que, al ser permitido por la ley, sí tenía repercusiones jurídicas). Y, en el tercero, manifestó que no era consciente de la ilicitud de su comportamiento (es decir, que actuó en forma contraria al orden jurídico, aunque sin saber que estaba prohibido), con fundamento en lo anterior, la Corte concluye que el apoderado se apartó de los principios de no contradicción, sustentación suficiente, crítica vinculante y coherencia, de los cuales se desprende que los argumentos deben bastarse por sí mismos para convencer, desde una óptica de lo razonable, acerca de la existencia de un error capaz de deslegitimar la sentencia de segunda instancia.</p> <p>El Demandante GERMÁN ORREGO solicitó anular el proceso desde la resolución de apertura de la investigación, por violación de la garantía de no juzgar dos veces idéntico hecho, debido a un concurso aparente de tipos entre el delito de lavado de activos y el de enriquecimiento ilícito de particulares.</p> <p>La corte manifestó que el enriquecimiento ilícito de particulares es un delito fin en sí mismo, mientras que el lavado de activos encubre actividades cuya gravedad es mayúscula y ello se refleja en la determinación penológica. ‘Se trata de dos conductas que, si bien atentan contra el mismo bien jurídico, difieren en su estructura y elementos normativos, en el fundamento y la naturaleza del juicio de reproche’.</p> <p>Además de lo anterior el demandante pone conocimiento la virtud del criterio excepcional de carga dinámica de la prueba, soportar con medios probatorios los</p>

fundamentos de tal pretensión, 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, como ya se anotó, 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.

Por lo tanto, 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, 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.

Es aceptable como contingencia que una misma cantidad de dinero sea trasladada de una cuenta bancaria a otra, sin que implique aumentos en el patrimonio. Pero el procesado era el único que podía demostrar, más allá del mero planteamiento, que eso, justamente, era lo que ocurría con ciertas sumas que ingresaron a su haber patrimonial. Es cierto que GERMÁN ORREGO adujo una versión similar a ésta en indagatoria, sin embargo, el Tribunal la descartó por no haber suministrado datos “creíbles y verificables”

**FALLO**

No admitir la demanda de casación

**15.3. Ficha jurisprudencial Radicado No. 33660**

● GENERALIDADES	
<b>c. Fecha de análisis</b>	2 de junio del 2020
<b>d. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.
<b>e. Corporación</b>	10. Corte Constitucional <input type="checkbox"/> 11. Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> 12. Consejo de Estado <input type="checkbox"/> 13. Otra, cuál? <input type="checkbox"/> <b>Sala: Casación Penal</b>
<b>a. Tipo de Providencia</b>	Demanda de casación
<b>b. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 33660
<b>Fecha de la Providencia</b>	25 de mayo del 2011
<b>Delito</b>	Homicidio

<p><i>i. Magistrado Ponente</i></p>	<p>Fernando Alberto Castro Caballero</p>
<p><i>ii. Demandantes</i></p>	<p>William Orlando Tautiva Izquierdo</p>
<p><i>iii. Tema</i></p>	<p>Demanda de Casación</p>
<p><i>iv. Hechos</i></p>	<p>El 28 de febrero de 2006, hacia las 9.30 de la noche, cuando como consecuencia de la lesión producida por proyectil de arma de fuego disparado por el señor WILLIAM IZQUIERDO, falleció instantáneamente Johana Paola Medina Ortiz, su novia desde hacía seis años, la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación como posible autor del delito de homicidio. Al inicio de la audiencia de juicio oral, la delegada de la Fiscalía expuso como teoría del caso que el procesado accionó su arma de fuego de manera intencional contra su novia debido al enojo que le produjo la decisión de aquella de terminar la relación de más de seis años, por su parte la defensa, haciendo uso de la facultad que le otorga la ley de exponer su propia teoría del caso, sostuvo que la muerte de la joven Johana Paola fue producto de un accidente, tal y como con suficiencia se extracta de la versión del sindicado.</p> <p>el Juzgado Primero Penal, profirió sentencia absolutoria a favor del procesado en aplicación del in dubio pro reo, el Tribunal Superior mediante sentencia del revocó la emitida por su inferior y en su lugar impuso a WILLIAM IZQUIERDO la pena de 208 meses de prisión</p>
<p><b>Pretensiones</b></p>	<p>Plantea un único cargo por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad y falso raciocinio, se advierte que son cinco los reparos que postula.</p> <p>Falso juicio de identidad” en relación con la prueba pericial vertida, además agrega que el falso juicio de identidad se estructura porque el Tribunal que omitió valorar aspectos importantes del testimonio de la perito, pues sólo tuvo en cuenta el contenido del informe pericial, siendo ello trascendente al concluir que el procesado y su novia se encontraban de pie al momento del disparo, sin tener en cuenta que la trayectoria fue fijada por la médica forense como inferior-superior y que dicha conclusión se refiere a la trayectoria anatómica del cuerpo y no a la forma como se produjo el disparo.</p> <p><b>Falso juicio de identidad</b> el procesado en ningún aparte de su declaración afirmó que al pretender dejar su arma de dotación en la mesita de noche, lo haya hecho empuñándola con el dedo en el gatillo, como sí lo concluyó el fallador de segunda instancia, pues lo que sucedió es que cuando quiso descargarse de ella, lógicamente lo hizo por la empuñadura y no por el cañón, pero cuando su compañera de manera sorpresiva haló el arma hacia ella, el acusado la apretó al tratar de llevarla hacia él pero no para accionar el gatillo con la intención de disparar, lo cual evidencia la ocurrencia de un accidente, e n este orden de ideas, indica que el Tribunal desconoció la información suministrada por el procesado en torno al obligado acercamiento de él hacia Johana Paola, en razón de su intención de dejar el arma que portaba en la pretina del pantalón sobre la mesita de noche del lado de la cama en el que ésta se encontraba sentada.</p>

	<p><b>falso juicio de identidad</b> Luego de transcribir apartes de este testimonio, se afirma en la demanda que conforme a lo manifestado en juicio por esta experta, su dicho corresponde a una <i>prueba de orientación, ni siquiera de probabilidad</i>, pero de la que el Tribunal sí concluyó en el grado de certeza sobre que la occisa al no presentar residuos de disparo en ninguna de sus manos, la versión del procesado quedaba sin piso sobre el presunto forcejeo que se suscitó entre él y su novia por la posesión del arma de fuego.</p> <p><b>Falso juicio de identidad sobre los dictámenes periciales</b> se indicó que el sentenciador no tuvo en cuenta lo informado por éstos en la audiencia de juicio oral, en lo referente a que en la pared del cuarto en donde se suscitaron los hechos y en la cual se encontraron manchas de sangre de alta velocidad, se hizo una limpieza, además de que la inspección se realizó varios meses después del infortunado episodio, lo cual crea duda en torno a si las manchas de sangre llegaron a la superficie por acción directa del disparo o por otro medio de transferencia y si éstas eran compatibles con el tipo de sangre de la víctima, concluye que a partir de esta prueba, mal podría determinarse cuál era la posición de la víctima y del acusado al momento de producirse el disparo,</p> <p><b>Falso raciocinio en relación con el dictamen balístico</b>, aceptando que el disparo se hizo a corta distancia, señala el casacionista que de ello no puede inferirse la actuación dolosa del acusado de acabar con la vida de su novia, pues también es posible que disparos accidentales se realicen a una incipiente distancia esto reafirma la existencia de una duda razonable sobre el dolo homicida,</p>
<p><b>DECISION DE LA CORTE</b></p>	<p>Antes del análisis de fondo sobre cada uno de los reproches propuestos, la Corte se ocupará de desarrollar un tema de relevante importancia</p> <p>LA CARGA DE LA PRUEBA; <i>“La carga de la prueba constituye el último refugio al que ha acudir todo juzgador, cuando no estima suficientemente probados los hechos integrantes de la pretensión formulada. Como 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.</i></p> <p>Se asiste a este principio cuando sobre determinado hecho se carece de medios de convicción suficientes o se está frente a una situación de duda, pues si una circunstancia se encuentra debidamente demostrada, carece de importancia el señalamiento acerca de qué parte la probó, a quien correspondía hacerlo, pues en virtud del principio de comunidad de la prueba los resultados de la actividad probatoria de las partes, pertenecen al proceso y por lo tanto los elementos de juicio allegados pueden ser utilizados por cualquiera de ellas.</p> <p>Dicho instituto 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</p>

de llegar a afirmar que el acusado no tiene la obligación de acreditar las circunstancias exculpativas que alega en su favor.

En principio, es a la parte que alega determinado hecho a la que le corresponde probarlo en orden a demostrar el supuesto de facto que permite aplicar la norma que pretende hacer valer y que le beneficia, como sucede por ejemplo en situaciones en las que se alega una causal eximente de responsabilidad como el caso fortuito o la fuerza mayor.

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 el trámite se extraña la prueba del hecho que beneficia a una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario.

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 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.

En 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 estos 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.

*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 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.



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.*

El 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. *Porque, si bien, como ya se anotó, 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 acusado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.*

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.

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.*

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.

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.

**EN RELACION AL CASO EN CONCRETO;**

Dicha conclusión no correspondió al análisis que en el fallo recurrido se hizo del informe de necropsia realizado por la médico, sino también a partir de la prueba de balística, las cuales sirvieron de soporte para concluir que el disparo se produjo a 25 cm de distancia, cuando Johana Paola se encontraba de pie y con la cabeza inclinada hacia la pared noroccidental de la habitación, lo cual explica las manchas de sangre que allí se hallaron y que luego de las pruebas forenses se logró determinar en un muy alto grado de probabilidad, que dicho fluido correspondía con la sangre de la occisa.

Continuando entonces con el análisis probatorio que desplegó el Tribunal para llegar a una sentencia condenatoria, nuevamente la explicación del acusado fue desvirtuada por la evidencia forense y aunque asiste razón a la defensa, acerca de que los disparos accidentales también ocurren a corta distancia, en este caso a 25 cm de la cabeza de la víctima según lo dictaminó el perito, son las contradicciones del propio sindicado las que razonablemente ponen en entredicho sus manifestaciones, pues el acusado en su testimonio refirió una distancia respecto de su novia de 50 a 70 cm, que ella se encontraba sentada en la cama frente al televisor y que estando sentada, al ver el arma, estiró su brazo izquierdo y forcejeó con TAUTIVA IZQUIERDO, éste cerró los ojos y fue en ese momento cuando se produjo el disparo.

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 TAUTIVA IZQUIERDO,

**FALLO**

**NO CASAR** la sentencia atacada.

**REITERAR** la orden de captura que pesa contra el procesado y que fuera librada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.



15.4. **Ficha Jurisprudencial Radicado No. 42516**

<b>● GENERALIDADES</b>	
<b>c. Fecha de análisis</b>	2 de junio del 2020
<b>d. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.
<b>e. Corporación</b>	Corte Constitucional <input type="checkbox"/> Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/> <b>Sala: Casación Penal</b>
<b>f. Tipo de Providencia</b>	Demanda de casación
<b>g. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 42516
<b>Fecha de la Providencia</b>	02 de abril del 2014
<b>Delito</b>	Lavado de activos
<b>i. Magistrado Ponente</b>	Eyder Patiño Cabrera
<b>ii. Demandantes</b>	Belly Paola Narvárez Trujillo Carlos Alberto Gallego Cifuentes
<b>iii. Tema</b>	Demanda de Casación
<b>iv. v. vi. vii. viii. ix. hos</b>	<b>Hec</b>
	<p>El día doce de diciembre del año 2009, arribaron a la ciudad de Bogotá en el vuelo AVO24 de la aerolínea Avianca, con procedencia de Lima-Perú los aquí acusados. Y que de igual manera al realizarse la revisión de sus equipajes maletas y bolso de mano se les encontró en bolsas debidamente mimetizadas y ocultas, la suma de € 399.645 euros a la señora BELLY TRUJILLO y € 200.910 euros al señor CARLOS CIFUENTES, en varias denominaciones, sin que los mismos hayan declarado el ingreso acorde con el formato 530 de la DIAN y por ende no haber demostrado la procedencia ni el destino lícito de esas divisas, por lo tanto este comportamiento es jurídicamente relevante para el derecho penal.</p> <p>El 4 de octubre de 2012 el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de Bogotá profirió sentencia en la que declaró a los acusados penalmente responsables, como coautores, de lavado de activos, los defensores de ambos procesados interpusieron recurso de apelación y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este distrito judicial la confirmó el 23 de agosto de 2013.</p>
	A favor de Belly Trujillo; donde manifiesta que la prueba que es obtenida con violación de garantías fundamentales será nula y deberá excluirse y asegura que el

<p><b>Pretensiones</b></p>	<p>ad quem, no obstante haber reconocido que el Juez de primer grado excedió sus facultades legales en el juicio oral frente al testimonio de Díaz Pérez, solo excluyó algunos segmentos, cuando ha debido descartarlo todo, además evoca la teoría sobre el árbol envenenado, que ser cierta la decisión sería absolutoria. Además, manifiesta que los falladores se ampararon en la teoría de la carga dinámica de la prueba, partiendo de la equívoca conclusión del peritaje que Díaz Pérez, no tenía capacidad económica, por lo tanto, los dineros tenían procedencia ilícita, por consiguiente, la conclusión judicial, relacionada con la falta de capacidad económica del testigo, se soportó en una experticia incompleta, inconclusa y mal formulada. De no haber apreciado así las pruebas, el fallo sería absolutorio.</p> <p>A favor de Carlos Cifuentes donde manifiesta que el juez colegiado violó indirectamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 232 del Código Penal, que tipifica el injusto de lavado de activos, e inaplicación el artículo 7° de Código de Procedimiento Penal, toda vez que dio como establecido el delito subyacente: el enriquecimiento ilícito, desconociendo la presunción de inocencia, la carga de la prueba en cabeza de la fiscalía y el in dubio pro reo, además el fallador aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba, invirtiéndola y concluyendo que el procesado no demostró su capacidad económica. Y como consecuencia encontró probado la ausencia de capacidad económica, en ese orden, es preciso que la Corte defina si la carga dinámica de la prueba implica invertir el deber de probar, es decir, si ante la ausencia de la prueba del delito subyacente, por parte de la fiscalía, la justificación deba correr por cuenta del encargado, y si esa teoría se aplica en este tipo de delitos.</p>
<p><b>DECISION DE LA CORTE</b></p>	<p>La corte manifiesta que el recurso de casación se encuentra previsto como un mecanismo de control constitucional y legal a la sentencia de segunda instancia, teniendo en cuenta que las exigencias descritas encuentran fundamento en que la casación no fue instituida como estadio adicional para intentar convencer sobre la inocencia o responsabilidad de una persona solo a partir de cábalas, suposiciones o construcciones teóricas con la única intención de continuar con el debate probatorio. Su carácter excepcional implica que el discurso sea lógico, argumentativo y suficientemente estructurado, de modo que, sin ambages, se demuestre que el juzgador de segundo grado incurrió en un error de juicio o de procedimiento trascendente en el caso concreto. Las simples críticas o desacuerdos frente al contenido de fallo no pueden alcanzar relevancia en esta sede.</p> <p>En relación a Carlos Cifuentes la corte expresa; los demandantes eligieron la violación indirecta de la ley sustancial como vía de ataque a la sentencia, pero no señalaron la forma del error y su trascendencia, exigencias necesarias para la adecuada sustentación del cargo, adicionalmente, olvidaron justificar las razones por las cuales se hace necesaria la intervención de esta Corporación para lograr una de las finalidades de la casación, pues tan solo refirieron el contenido del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, para parafrasearlo, sin sustentar y demostrar cómo ocurrió la violación del derecho, si bien el apoderado de Carlos Cifuentes indicó al respecto que se debería examinar lo relativo a la carga dinámica de la prueba lo cual se sustentara más adelante.</p> <p>En relación con Belly Trujillo la corte expresa; reclamó la exclusión del testimonio de Díaz Pérez, se puede entender que denuncia un falso juicio de legalidad. No obstante, el reproche carece de claridad y concreción, pues tan solo adujo que ello</p>

obedeció a que durante su exposición el Juez excedió las facultades, empero, no explicó cómo esa prueba fue obtenida con violación de garantías fundamentales, cuáles fueron éstas y cómo ocurrió la trasgresión, Criticaron a la colegiatura porque supuestamente desconoció que el peritaje concluyó en la falta de capacidad económica de Díaz Pérez y del acusado Carlos Cifuentes, y además porque esa experticia fue incompleta, inconclusa y mal formulada.

Basta una simple mirada a la sentencia de la cual discrepan para advertir su equívoco, pues allí sí se reconoció con claridad que esa prueba se orientaba a demostrar la ausencia de capacidad económica de uno y otro. Y, si en criterio de los impugnantes, el estudio era deficiente o imperfecto, han debido manifestarlo oportunamente, haciendo las precisiones pertinentes; o, en todo caso, demostrar en debida forma y con exactitud tal error en esta sede, pero no lo hicieron, adicionalmente, la Sala no evidencia sesgo o anomalía en la apreciación que del peritaje y, en concreto, del resto de elementos de convicción, realizó el juzgador.

De otro lado, no es cierto, como lo indicó alguno de los juristas, que no existiere jurisprudencia en relación con el tema de la carga dinámica de la prueba en delitos de lavado de activos, puesto que, en el auto CSJ, AP, 31 oct. 2012, rad. 35159), la Sala manifestó

*” 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”.*

Además preciso *“Que, si bien, como ya se anotó, 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”.*

*“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”.*

*“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*

	<p><i>respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer”</i></p> <p>De manera pues que, si como en este caso la Fiscalía aportó todos los elementos probatorios orientados a edificar su teoría sobre la inferencia lógica en punto de la existencia del delito subyacente de enriquecimiento ilícito, correspondía a la defensa desvirtuarla, lo que no hizo</p>
<b>FALLO</b>	<b>INADMITIR</b> las demandas de casación

**15.5. Ficha Jurisprudencial Radicado No. 40634**

<b>• GENERALIDADES</b>	
<b>h. Fecha de análisis</b>	21 de julio del 2020
<b>i. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.
<b>j. Corporación</b>	Corte Constitucional <input type="checkbox"/> Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/> <b>Sala: Casación Penal</b>
<b>k. Tipo de Providencia</b>	Demanda de casación
<b>l. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 40634
<b>Fecha de la Providencia</b>	31 de julio del 2013
<b>Delito</b>	Homicidio, secuestro agravados cometidos en concurso homogéneo



<p><i>i. Ponente</i></p> <p><i>Magistrado</i></p>	<p>● <b>FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO</b></p>
<p><i>ii. Demandantes</i></p>	<p>Carlos Mario Escudero Cano, Dixon Arturo Mena y Jaime Alonso Pinto Colmenares.</p>
<p><i>iii. Tema</i></p>	<p>Recurso de casación</p>
<p><i>iv. Hechos</i></p>	<p>En la morgue del cementerio local, la Inspección Municipal practicó el levantamiento de los cadáveres de I.J.U.F., de 17 años de edad, y J.A.F.C., de 15 años de edad, los cuales presentaban heridas con arma de fuego en diferentes partes del cuerpo, con las declaraciones de algunos habitantes de la región, se pudo establecer que estos jóvenes fueron retenidos por miembros del Ejército Nacional, luego de lo cual aparecieron muertos y presentados como dados de baja en combate con las FARC, en la vereda La Loma, municipio de Urrao, Antioquia, según informe del Capitán JAIME ALONSO PINTO COLMENARES, y los soldados que pertenecían a la misma compañía CARLOS MARIO ESCUDERO CANO y DIXON ARTURO MENA.”</p> <p>la Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos, que había cerrado parcialmente la investigación, profirió resolución acusatoria contra CARLOS MARIO ESCUDERO CANO, DIXON ARTURO MENA y JAIME ALONSO PINTO COLMENARES, como presuntos coautores responsables de los ilícitos de homicidio y secuestro, ambos agravados específica y genéricamente y además cometidos en concurso homogéneo</p> <p>El Juzgado de primera instancia profirió sentencia la cual condenó a CARLOS MARIO ESCUDERO CANO, DIXON ARTURO MENA y JAIME ALONSO PINTO COLMENARES, a las penas principales de 40 años de prisión y multa e inhabilidades respectivas al hallarlos coautores de los delitos por los que fueron acusados el Tribunal Superior de Antioquia lo confirmó en parte, por cuanto fijó la pena de prisión en 357 meses, dejándolo incólume en todo lo demás, decisión contra la cual el mismo impugnante presentó recurso de casación.</p>
<p><b>Pretensiones</b></p>	<p>Primer cargo: por violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho en la apreciación de la prueba, así como a la correlativa falta de aplicación del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, en esa medida, en cuando hace al hecho de que las víctimas fueron retenidas tres días antes por los procesados en su condición de miembros de Ejército Nacional y luego se las presentó como muertas en combate con las FARC, expresa el actor que no hay medio de convicción que señale a sus defendidos como las personas que se las llevaron además de eso el Tribunal le da toda la credibilidad sin realizar una valoración de manera integral y sin tener en cuenta los demás testigos dejados de valorar de forma total, incurriendo el juzgador en error de hecho por falso juicio de identidad”.</p> <p>El Tribunal no tuvo en cuenta las contradicciones, también el demandante rechaza que se hayan tenido en cuenta las diferencias en las versiones de los inculpados para deducirles responsabilidad y no las de los testigos de cargo, pues a su juicio, ello da lugar a aplicar el beneficio de la duda a favor de aquellos.</p> <p>Expresado en lo anterior, el libelista refuta la conclusión del Tribunal según la cual, los uniformados que retuvieron a los menores J.A.F.C. y I.J.U.F. eran del Ejército Nacional, de manera que al efecto expresa que inicialmente señalará la prueba tenida en cuenta por el ad quem y luego identificará la ignorada por éste,</p>

	<p>predicando de paso que frente a ella se incurrió en falso juicio de existencia por omisión.</p> <p>En esa medida, el demandante asegura que en el caso de la especie en efecto se presentó un combate entre el Ejército y la guerrilla, la cual puso en primera fila a los menores, quienes desafortunadamente perdieron la vida, así que no se puede condenar a los procesados por cumplir con su deber.</p> <p><b>Segundo cargo:</b> el actor denuncia la “violación directa de la ley sustancial”, por cuanto asegura que el Tribunal, a pesar de reconocer la duda, dejó de aplicar el artículo 7º ibídem, inicialmente, el censor hace una extensa introducción en la que alude a la garantía de la presunción de inocencia y su relación con el principio de in dubio pro reo, así mismo, refiere que si bien en el caso de la especie se le dedujo responsabilidad a los procesados porque en su condición de miembros del Ejército Nacional, retuvieron a los menores J.A.F.C. y I.J.U.F., quienes luego aparecieron como dados de baja en un combate con las FARC, igualmente en la sentencia impugnada se “admitió sin ambigüedades que en este asunto no están demostradas fehacientemente las actividades que sus tres defendidos realizaron para los días de los hechos, [es decir] del 20 de marzo al 23 de marzo de 1997”, además se debe tener en cuenta que luego, en la misma introducción, se invirtió la carga de la prueba por parte del Tribunal, al exigir a los procesados que demostraran sus exculpaciones</p> <p>En esa medida, repite la introducción a la que se aludió inicialmente, en particular en punto de la garantía de la presunción de inocencia y del principio de in dubio pro reo e, igualmente, reitera que el Tribunal reconoció que “no están demostradas fehacientemente las actividades” que los procesados realizaron entre el 20 y 23 de marzo de 1997, tras lo cual pone de presente apartes del fallo impugnado en donde se rechazaron lo argumentos de la defensa en torno de la falta de motivación de la sentencia de primer grado y se trató lo relativo a la responsabilidad de los procesados, tras lo cual el censor asevera que en el presente caso se invirtió la carga de la prueba, por cuanto se exigió que los acusados demostraran sus exculpaciones.</p>
	<p>El demandante denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, a lo largo del reproche, en general, se dedica a señalar las contradicciones en que habrían incurrido los testigos de cargo que tuvo en cuenta el Tribunal para derivarle responsabilidad a los procesados en los delitos de secuestro y homicidio, de no haber sido ignoradas por el juzgador de segundo grado el fallo habría sido absolutorio, En efecto, los errores de hecho que denuncia el libelista en la modalidad de falsos juicio de identidad y falsos juicio de existencia fundados en que el juzgador de segundo grado no tuvo en cuenta las contradicciones en que habrían incurrido los testigos de cargo, en realidad reflejan una simple crítica a la forma en que las versiones de estos fueron valoradas en la sentencia impugnada, lo cual, como quedó suficientemente explicado en el capítulo precedente, se reputa impertinente frente al recurso extraordinario, por cuanto cabe recordar, que el fallo arriba a esta sede precedido de la doble presunción de acierto y legalidad, por lo que la demanda de casación no es una nueva oportunidad para prolongar las discusiones presentadas en las instancias, sino un escenario en el que corresponde evidenciar verdaderos y trascendentes defectos</p>

<p><b>DECISION DE LA CORTE</b></p>	<p>en la apreciación probatoria, cuando lo alegado es la violación indirecta de la ley sustancial.</p> <p>Entonces, evidenciado que en realidad el actor (i) no demuestra la efectiva consolidación de los errores de hecho que alega; (ii) que las contradicciones que identifica resultan intrascendentes frente a las reglas de la sana crítica; (iii) que omite atacar la prueba indiciaria; pero además, (iv) que las restantes glosas que ensaya son insustanciales; no queda otra alternativa que inadmitir la censura examinada.</p> <p><b>Al segundo cargo;</b> se observa que el demandante, sin ningún rigor formal, discute abiertamente los hechos que fueron registrados por el juzgador de segundo grado en la sentencia impugnada, así como la valoración de las pruebas que éste realizó, cuando de acuerdo con lo señalado en el capítulo inicial de esta determinación, ello no es posible, pues en este tipo de censuras se parte de la base de que la discusión se debe desarrollar en estricto derecho.</p> <p>Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual, a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales</p> <p>En esa medida, es claro que el demandante confunde la necesidad de demostrar los aspectos sustanciales que sustentan la imputación, con la comprobación de aspectos accesorios e intrascendentes, pues lo esencial en el caso de la especie es que se constató que el procesado JAIME ALONSO PINTO COLMENARES era quien comandaba la compañía del Ejército Nacional que retuvo y se llevó a los menores J.A.F.C. y I.J.U.F., de la cual hacían parte, entre otros, los soldados CARLOS MARIO ESCUDERO CANO y DIXON ARTURO MENA, quienes incluso admitieron haber disparado contra los jóvenes, claro está, con la excusa de la existencia de un combate, el cual se descartó</p> <p>Al margen de lo anterior, tampoco le asiste razón al impugnante cuando asegura que en el sub judice se invirtió la carga de la prueba por el hecho de haberse exigido que los procesados demostraran el motivo de su exculpación, pues, de un lado, ello en modo alguno se consignó en el fallo, ya que simplemente en él, con fundamento en la prueba testimonial, se descartó la existencia del combate que pregonaron los procesados y, contrario sensu, se concluyó que las víctimas habían sido retenidas y después ejecutadas. de otro lado, conviene señalar que frente a casos como el presente y en relación con la carga de la prueba, la Sala ha manifestado:</p> <p>“Indudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, 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</p>
------------------------------------	--

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.

Pero 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.

El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de «carga dinámica de la prueba», que ya ha sido desarrollado 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.

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.

Por 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.

Y más recientemente reiteró:

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 — tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad—, se impone la prevalencia de la incertidumbre y la consecuente absolución del implicado.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido:

«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 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.»

En 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, «el 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 ha 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.

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 derribar 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,

Entonces, como la censura que se viene de analizar no se somete a los dictados de la violación directa de la ley sustancial, pero, además, parte de supuestos que no se ajustan a la realidad procesal ni al criterio fijado por la Sala, de ello se sigue que debe ser inadmitida.

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor

**FALLO**

CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE la sentencia, en consecuencia, fijar la pena principal y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

ORDENAR que por conducto del juez de primera instancia se proceda a expedir las comunicaciones correlativas a la modificación del quantum de la pena aquí dispuesta.

**15.6. Ficha Jurisprudencial Radicado No. 31103**

<b>• GENERALIDADES</b>	
<b>m. Fecha de análisis</b>	21 de julio del 2020
<b>n. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.
<b>o. Corporación</b>	Corte Constitucional <input type="checkbox"/> Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> x Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/> <b>Sala: Casación Penal</b>
<b>p. Tipo de Providencia</b>	Demanda de casación
<b>q. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 31103
<b>Fecha de la Providencia</b>	27 de marzo del 2009
<b>Delito</b>	Acceso carnal violento, concurso heterogéneo con incesto

<p><i>i. Magistrado Ponente</i></p>	<p>• <b>SIGIFREDO ESPINOZA PEREZ</b></p>
<p><i>ii. Demandantes</i></p>	<p>JULIO CESAR PALACIO</p>
<p><i>iii. Tema</i></p>	<p>Recurso de casación</p>
<p><i>iv. Hechos</i></p>	<p>En la vereda La Palma, zona rural del corregimiento San Cristóbal de la ciudad de Medellín, residían los esposos JULIO PALACIO y Luz Muñoz, conjuntamente con sus menores hijos Y, J. y E, dentro de ese entorno, para mediados del año 2006, JULIO PALACIO, aprovechando que su esposa no se hallaba en la vivienda, dadas sus ocupaciones laborales, comenzó a realizar vejámenes físicos y sexuales en contra de Y, que incluyeron golpes, amenazas con arma de fuego y acceso carnal por vía anal, ello se prolongó hasta el mes de octubre de ese año, cuando la víctima, pese a la incredulidad de su madre, dio noticia de lo ocurrido a una tía suya, quien puso en conocimiento de las autoridades esos hechos.</p> <p>El fallo de primer grado fue proferido formalmente el 3 de julio de 2008, La sentencia advierte a JULIO PALACIO, responsable, como autor, de dos delitos de acceso carnal violento, en concurso homogéneo, y otras dos conductas punibles de incesto, también en concurso homogéneo, razón por la cual decreta en su contra pena de 200 meses y 20 días de prisión</p> <p>El fallo de segunda instancia, que revocó el de primera y en su lugar absolvió, en seguimiento del principio In Dubio Pro Reo, al acusado, de los cargos por los cuales solicitó la fiscalía como sentencia de condena.</p>
<p><b>Pretensiones</b></p>	<p><b>Primer cargo:</b> violación indirecta de una norma sustancial, dado que el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundamentado la sentencia, en concreto, advierte la casacionista que el fallo del Tribunal se fundó, para absolver al procesado, únicamente en que se dejó de practicar una prueba especializada que permitiría conocer si éste padecía de sífilis y, en consecuencia, fue la persona que a través del acceso carnal violento atribuido, contagió a la víctima.</p> <p>El Tribunal manifiesta que "...la prueba del proceso no permite afirmar que PALACIO estuvo contagiado de sífilis (...) tampoco puede afirmarse lo contrario..."- En concreto, remite la casacionista a lo declarado por la víctima, quien dijo haber sido contagiada por el procesado a consecuencia del sucesivo vejamen sexual; junto con lo expresado en el mismo sentido por sus tías y su abuela materna, advierte la demandante que si el Tribunal hubiese considerado esos testimonios coincidentes-los cuales dejó de lado sin siquiera señalar la razón para desestimarlos-, no habría afirmado que la duda no fue desvirtuada en el juicio o que era fundamental allegar la prueba confirmatoria de FTA absorbido.</p> <p>No comparte la impugnante lo afirmado por el Tribunal en el sentido que debía la Fiscalía realizar con el procesado la prueba de laboratorio echada de menos, pues, afirma ella, el ente investigador probó por vía testimonial que el acusado contagió de sífilis a la víctima y, en consecuencia, era del resorte de la defensa desvirtuar la veracidad de los testigos, lejos de ello, sostiene la casacionista, la parte defensiva apenas presentó unos exámenes serológicos realizados en fecha distante a la de la denuncia, los cuales son insuficientes para demostrar la inexistencia de la enfermedad en cabeza del procesado, dado su efecto apenas parcial.</p> <p><b>Segundo Cargo:</b> falso juicio de existencia que deriva de la omisión del Tribunal, en cuanto dejó de considerar pruebas trascendentes, particularmente la declaración</p>



	<p>de la víctima y lo atestado por sus tías y su abuela materna, de haber tomado en cuenta esas declaraciones la segunda instancia, razona la demandante, el fallo habría sido condenatorio, ante la inexistencia de cualquier duda de responsabilidad.</p>
<p><b>DECISION DE LA CORTE</b></p>	<p>ha señalado la Corte que sin obedecer la demanda al esquema requerido para desarrollar la adecuada técnica casacional y sin llegar la Sala al extremo de sacrificar las reglas elementales que la estructuran al resolver de fondo el cargo, la sentencia se examinará con el rigor que corresponda para comprobar si el juzgador incurrió en error trascendente, precisamente por ocasión de los defectos atrás citados, la Corte no abordará independientemente los dos cargos propuestos en la demanda, pues, el segundo parece ser una conclusión del primero, carente de independencia y autonomía demostrativa, ahora, por su importancia respecto de los aspectos centrales que competen a la discusión planteada la Corte estima necesario puntualizar primero de manera general, para después hacer la adecuación al asunto debatido, lo concerniente a los conceptos de prueba de referencia, libertad probatoria y carga de la prueba.</p> <p><b>PRUEBA DE REFERENCIA:</b> Mucho se ha dicho acerca de un tema que a pesar de ello parece no haberse agotado, dada la controversia que viene generando. Empero, ya la Corte ha fijado pautas precisas que, en su desarrollo general, sirven para dilucidar el caso concreto.</p> <p>El testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias</p> <p>La prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004.</p> <p>Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el Juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.</p> <p>Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiese derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al</p>

complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.

Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros, frente a tal eventualidad, de no extraña ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la credibilidad del testigo en esas condiciones; y al Juez toca identificar los contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada ex ante, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse.

**LIBERTAD PROBATORIA:** No se discute ahora que en Colombia prima desde antaño, por contraposición a la llamada “tarifa legal”, el principio de libertad probatoria, por cuya consecuencia, como lo consagra el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, regulatoria del asunto: “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”, bajo esta concepción legal, que desde luego sigue las pautas acogidas en nuestro sistema penal desde años atrás, es claro que ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, en el entendido, huelga resaltar, que al conocimiento necesario para llegar al convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado, se puede llegar por múltiples caminos, siempre que ellos se traduzcan, como exige la ley, en prueba legal, regular y oportunamente aportada al proceso.

Así mismo, si la parte ha presentado prueba pertinente y conducente encaminada a verificar el objeto central del debate o uno de los accesorios interesantes al mismo, es obligación del funcionario judicial examinarlos para verificar la credibilidad que comportan, sin que sea de su resorte, porque la ley no lo permite dada la consagración del sistema de libertad probatoria por contraposición al de tarifa legal, omitir su examen o dotarlos de una especie de “capitis diminutio” sólo porque no se compadecen con el tipo de prueba que él estima única o necesaria para el caso concreto.

**LA CARGA DE LA PRUEBA:** tratándose del proceso penal, le corresponde al Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación la carga. Por lo demás, en 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.

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 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, de esta manera delimitado por la Sala.

“A este efecto, 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, como ya se anotó, 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

	<p>derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.</p> <p>No 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.</p> <p>De todo lo anterior se sigue que si la Fiscalía ha presentado la que considera suficiente prueba de cargos y la defensa busca controvertir sus efectos, no es dable, sólo por virtud de la potestad pasiva que asiste a esta última parte, exigir del ente investigador una más exhaustiva actividad que permita contradecir o confirmar la teoría del caso que en contrario puedan esgrimir el procesado y su representación legal.</p> <p>Así mismo, esa lógica jurídica de la posición probatoria de las partes implica que, si la defensa presentó una prueba de descargos insuficiente o que no tiene la fuerza necesaria para desvirtuar la de cargos, ello no conduce a determinar la existencia de duda probatoria, ni mucho menos a exigir que para completar lo que quedó faltando a la contraparte, la Fiscalía deba allegar el medio correspondiente.</p>
<b>FALLO</b>	<p><b>CASAR</b> la sentencia absolutoria de segunda instancia dictada por el Tribunal, debido a la prosperidad de los cargos formulados en la demanda presentada por la Fiscalía.</p> <p><b>CONFIRMAR</b> la condena dictada el 3 de julio de 2008, por el Juzgado de primera instancia, contra el procesado JULIO PALACIO, por su autoría en varios delitos de acceso carnal violento y otros tantos de incesto, <b>MODIFICACIÓN:</b> La pena a cumplir por el procesado se rebaja a CIENTO CINCUENTA (150) MESES Y QUINCE (15) DÍAS DE PRISIÓN.</p> <p><b>Revocar</b> la libertad provisional de que goza JULIO PALACIO. Expídase de inmediato orden de captura.</p>



**15.7. Ficha Jurisprudencial Radicado No. 31147**

<b>● GENERALIDADES</b>	
<b>r. Fecha de análisis</b>	21 de julio del 2020
<b>s. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.
<b>t. Corporación</b>	Corte Constitucional <input type="checkbox"/> Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> x Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/> <b>Sala: Casación Penal</b>
<b>u. Tipo de Providencia</b>	Demanda de casación
<b>v. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 31147
<b>Fecha de la Providencia</b>	13 de mayo del 2009
<b>Delito</b>	Omisión de agente retenedor o recaudador

<p><i>i. Magistrado Ponente</i></p>	<p>• <b>SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ</b></p>
<p><i>ii. Demandantes</i></p>	<p>ORLANDO ISAZA ESTRADA</p>
<p><i>iii. Tema</i></p>	<p>Recurso de casación</p>
<p><i>iv. Hechos</i></p>	<p>la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, denunció ante la Fiscalía al señor ESTRADA, porque dentro del término estipulado en la ley, declaró pero no consignó los dineros recaudados por concepto del IVA, en su calidad de representante legal de la “Comercializadora Estándar” Por tales hechos, la Fiscalía 51 abrió investigación penal, admitiendo como parte civil a la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, vinculó mediante declaración de persona ausente al sr ESTRADA, contra quien profirió resolución de acusación, como presunto autor de peculado por apropiación, El señor ESTRADA, expuso que la empresa se vio afectada económicamente por los problemas de orden público reinantes en el país, ya que la mayoría de sus clientes recogieron la mercancía y se marcharon debiéndole la cartera; además, en el año de 1999, su esposa lo demandó por alimentos y la empresa fue embargada. No obstante, el 21 de marzo de 2000, propuso a la DIAN una fórmula de pago, por lo tanto, se decretó la sentencia de primera instancia, en la cual se absolvió al sr ESTRADA de los cargos formulados por la Fiscalía y la sentencia de segunda instancia que confirmó íntegramente la absolución aludida, por lo tanto, se presentó el recurso de casación</p>
<p><b>Pretensiones</b></p>	<p><b>Se formuló un único cargo;</b> por violación indirecta a la ley sustancial por error de hecho; ya que existe prueba contundente documental suficiente por las declaraciones tributarias sin pago que presento el sr ESTRADA. el demandante no comparte esta perspectiva de valoración, pues el procesado admitió que efectivamente recaudó “<i>algunos</i>” de los dineros, motivo que precisamente llevó a una de las Magistradas a salvar su voto respecto del fallo absolutorio, según el censor, el fallador no valoró la prueba con fundamento en la sana crítica, especialmente el testimonio vertido por el procesado en el curso de la audiencia pública, en el que confesó haber recibido “<i>algunos</i>” de los dineros provenientes del recaudo del impuesto a las ventas y haberles dado un tratamiento diferente, dicho que no fue desvirtuado y por tanto debe tenerse como “<i>plena prueba</i>”.</p> <p>En consecuencia, solicita que se case la sentencia demandada y en su lugar se condene al señor ESTRADA por el delito mencionado.</p>
	<p>La corte hace referencia a la carga dinámica de la prueba y lo sustenta de la siguiente manera; Indudablemente la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, este 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 <i>onus probandi incumbit actori</i>, 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>

**DECISION DE LA  
CORTE**

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

Pero 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.

El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de “*carga dinámica de la prueba*”, que ya ha sido desarrollado 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, 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.

Por 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. Para el caso examinado, estando claro que la Fiscalía aportó la prueba documental demostrativa de que ESTRADA declaró ante la Administración de Impuestos Nacionales el recaudo de dineros por concepto de impuesto sobre las ventas-IVA, dineros que nunca consignó a órdenes de la administración, admitiendo en su única intervención procesal, en la etapa final del proceso, que efectivamente recaudó parte



	<p>de esos dineros, a los cuales les dio otra destinación, emerge desproporcionado demandar del ente instructor la acreditación de qué parte de ese dinero fue realmente recaudado por el procesado y cuál no, por la lógica razón de que se trata de una prueba que en esas circunstancias debió aportar la defensa, en la medida en que con las declaraciones tributarias presentadas, la Fiscalía cumplió con la obligación de aportar la prueba de acreditación del supuesto fáctico alegado, a saber, el recaudo y no consignación del impuesto declarado por el mismo procesado.</p> <p>Por lo tanto, sí la defensa quería demostrar, a partir del ofrecimiento de elementos probatorios concretos y verificables, que parte de los dineros declarados como recaudados por concepto de IVA, no entraron realmente a las arcas del procesado, debió aportar los elementos de juicio necesarios para ello, los cuales de todas maneras no podían exculpar totalmente al procesado, como quiera que éste admitió que parte de los mismos sí fueron efectivamente recibidos, pero que tuvo que destinarlos a otros menesteres por las dificultades económicas que atravesó su empresa.</p> <p>Para la Sala, en un plano lógico jurídico de lo que los medios probatorios enseñan, lo efectivamente demostrado es que el procesado se abstuvo de consignar a favor de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, los valores reseñados en las correspondientes declaraciones, que como pruebas documentales válidas y pertinentes allegó esa oficina.</p> <p>Evidenciada entonces la certeza sobre los elementos del hecho punible y de la responsabilidad del inculcado, la Sala casará el fallo demandado, para lo cual le corresponde determinar la pena que debe imponerse.</p>
<p><b>FALLO</b></p>	<p><b>CASAR</b> la sentencia del veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Superior de Medellín. En consecuencia:</p> <p><b>CONDENAR</b> a <b>ORLANDO ISAZA ESTRADA</b> como autor responsable del delito de <i>Omisión del agente retenedor o recaudador</i>, a las penas principales de veinticuatro (24) meses de prisión y multa por la suma de \$8.093.000, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y de funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.</p> <p>Igualmente, se le condena a pagar como perjuicios materiales a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el monto dejado de consignar, esto es, \$8.093.000, más los intereses de mora calculados de conformidad con el Estatuto Tributario, hasta que se efectúe el correspondiente pago.</p> <p><b>CONCEDER</b> al procesado <b>ORLANDO ISAZA ESTRADA</b> la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años, para lo cual deberá prestar caución por la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente y suscribir diligencia de compromiso en los términos señalados en el artículo 65 <i>ídem</i>.</p>



**15.8. Ficha Jurisprudencial Radicado No. 31846**

<b>• GENERALIDADES</b>									
<b>w. Fecha de análisis</b>	21 de julio del 2020								
<b>x. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.								
<b>y. Corporación</b>	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 80%;">Corte Constitucional</td> <td style="width: 20%; text-align: center;"><input type="checkbox"/></td> </tr> <tr> <td>Corte Suprema de Justicia</td> <td style="text-align: center;"><input checked="" type="checkbox"/></td> </tr> <tr> <td>Consejo de Estado</td> <td style="text-align: center;"><input type="checkbox"/></td> </tr> <tr> <td>Otra, cuál?</td> <td style="text-align: center;"><input type="checkbox"/></td> </tr> </table> <p style="text-align: center;"><b>Sala: Casación Penal</b></p>	Corte Constitucional	<input type="checkbox"/>	Corte Suprema de Justicia	<input checked="" type="checkbox"/>	Consejo de Estado	<input type="checkbox"/>	Otra, cuál?	<input type="checkbox"/>
Corte Constitucional	<input type="checkbox"/>								
Corte Suprema de Justicia	<input checked="" type="checkbox"/>								
Consejo de Estado	<input type="checkbox"/>								
Otra, cuál?	<input type="checkbox"/>								
<b>z. Tipo de Providencia</b>	Demanda de casación								
<b>aa. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 31846								
<b>Fecha de la Providencia</b>	01 De junio del 2011								
<b>Delito</b>	Acceso carnal violento agravado								

<p><i>i. Ponente</i></p> <p><i>Magistrado</i></p>	<p>• <b>JOSE LUIS BARCELO CAMACHO</b></p>
<p><i>ii. Demandantes</i></p>	<p>OMAR DARIO VELASQUEZ BELTRAN</p>
<p><i>iii. Tema</i></p>	<p>Recurso de casación</p>
<p><i>iv. Hechos</i></p> <p><i>v.</i></p> <p><i>vi.</i></p> <p><i>vii.</i></p>	<p>El 9 de diciembre de 2006, el menor JJRR, por entonces de 12 años de edad despertó en su casa y su progenitora Sandra Cristina lo notó enfermo, quejándose de un dolor en el pene, razón por la cual lo llevó al médico y allí se verificó que padecía blenorragia, Interrogado al niño este informó que aproximadamente entre 9 y 11 de la mañana del sábado 25 de noviembre de ese año se dirigió, en compañía de su hermano de 6 años de edad, a la peluquería del señor Beltrán, con el fin de que les cortaran el cabello. cumplido el acto con el pequeño de 6 años, este se fue a jugar al patio y Beltrán repitió la tarea con JJRR, terminado el corte de cabello, Beltrán procedió a manosear al menor en sus partes íntimas, le pidió lo besara en las tetillas, le mostró el miembro viril, lo obligó a pararse, le bajó la pantaloneta y, ante el rechazo del niño, lo tomó por la fuerza de la cintura, se puso detrás suyo y le introdujo el pene en el ano. Beltrán eyaculó sobre el ano del niño y cogió el pene de éste, sacudiéndoselo fuertemente, tras lo cual lo dejó ir, pero lo amenazó con que no contara nada porque él y su hermano sufrirían las consecuencias.</p> <p>Mediante sentencia de primera instancia el Juez Penal absolvió al señor <b>Beltrán</b> del cargo de acceso carnal violento agravado le había formulado la Fiscalía, mediante sentencia de segunda instancia el Tribunal revocó y lo declaró a Beltrán autor penalmente responsable de ese delito. Le impuso 172 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas,</p>
<p><b>Pretensiones</b></p>	<p>El defensor formulo un cargo por violación indirecta y por aplicación indebida del in dubio pro reo, esto causado por un error de hecho por falso raciocinio, en cuanto se desconocieron las reglas de la sana critica, y específicamente las leyes de la ciencia y el principio lógico de razón suficiente, argumenta que la bacterióloga demostró que el menor padecía blenorragia el 9 de diciembre de 2006. La experta explicó que la enfermedad se presenta por contagio en un periodo de 2 a 10 días y la sintomatología se expresa de 8 a 10 días, por tanto, el contagio del menor no pudo suceder con antelación al 30 de noviembre, toda vez que los síntomas se presentaron el 9 de diciembre.</p> <p>Por otra parte, la Fiscalía no probó que el sindicado padeciera la enfermedad que transmitió, en tanto que la defensa sí aportó historias clínicas, de las cuales se infiere que ni él ni su pareja estable hubiesen sufrido gonorrea, y es obvio que mal puede transmitirse lo que no se ha padecido, lo anterior apunta a la generación de una duda insalvable sobre quién tiene la razón por lo tanto se solicita se case la sentencia y se confirme la absolución de primera instancia.</p>
	<p>La primera censura del señor defensor apunta a la imposibilidad de que su asistido pudiese haber contagiado la blenorragia a la víctima y, por contera, haberlo ultrajado sexualmente, en el entendido de que, si el menor presentó los síntomas de la enfermedad el 9 de diciembre, el hecho ha debido</p>

<p><b>DECISION DE LA CORTE</b></p>	<p>producirse, como máximo, el 30 de noviembre anterior, en tanto la bacterióloga experta que declaró en el juicio señaló un periodo de incubación que oscilaba entre 2 y 10 días. Así, concluye, la agresión no pudo ocurrir el 25 de noviembre, la inferencia defensiva parte de un supuesto equivocado, en tanto tiene por demostrado que fue el 9 de diciembre de 2006 cuando en el menor surgieron los síntomas de la enfermedad. El recurrente se equivoca, pues parte de tal fecha, que parece haber tomado del momento en que se instauró la denuncia, acto que, en efecto, a voces de la acusación, sucedió el 9 de diciembre de 2006, el yerro del señor defensor se origina en una lectura descontextualizada.</p> <p>El demandante censura que el Tribunal infringió el principio lógico de razón suficiente, pero muchos de sus reiterados argumentos se sustentan en la carencia de prueba sobre el contagio de la enfermedad venérea, de tal forma que si, según se demostró en el apartado anterior, el último supuesto quedó sin base, el nuevo postulado corre la misma suerte, en tanto que, desde la ciencia, el dictamen médico que encontró gonorrea en el menor y el dicho creíble de este, se demuestra que sí hubo transmisión de la enfermedad.</p> <p>En efecto, una vez el menor puso en conocimiento de la autoridad los hechos, se detectó que había sido contagiado con blenorragia. En tal circunstancia y dado que el niño señaló al responsable y se tuvo conocimiento que este contaba con un compañero sentimental permanente, una investigación lógica imponía el deber de lograr que los dos últimos, bien con su consentimiento, bien con el respaldo de un juez de control de garantías, fueran sometidos a los exámenes médicos pertinentes, en aras de establecer si padecían la enfermedad y/o si en el torrente sanguíneo o en cualesquiera otra parte del organismo podían detectarse rastros o residuos que indicasen si se había sufrido ese contagio o ingerido algunas de las sustancias que usualmente se emplean para su cura.</p> <p>Ello, por cuanto la Fiscalía, además de lo dicho, cuenta con suficientes potestades para ejercer sus funciones y los avances de la ciencia son tan frecuentes que bien pueden existir los instrumentos y/o procedimientos que detecten esos aspectos, o, en todo caso, técnicamente pudo concluirse en la imposibilidad de lograr tales resultados.</p> <p>Pero lo que no puede admitirse es que el dueño de la investigación y la acusación, el que tiene la carga de la prueba, muestre total pasividad en temas que eran manifiestos, máxime cuando se trata de delitos como el investigado, en donde las más de las veces el asunto se limita a la confrontación de las versiones víctima-acusado.</p> <p>En esas condiciones, se considera prudente oficiar a la señora Fiscal General de la Nación para que instruya a sus delegados respecto del deber que los asiste de realizar una verdadera investigación.</p>
<p><b>FALLO</b></p>	<p>No casar la sentencia demandada. Oficiar a la señora Fiscal General de la Nación en los términos señalados en la parte motiva.</p>



**15.9. Ficha Jurisprudencial Radicado No. 42815**

● GENERALIDADES	
<b>bb. Fecha de análisis</b>	2 de junio del 2020
<b>cc. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.
<b>dd. Corporación</b>	Corte Constitucional <input type="checkbox"/> Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/> <b>Sala: Casación Penal</b>
<b>ee. Tipo de Providencia</b>	Recurso de reposición auto 22 septiembre 2014
<b>ff. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 42815
<b>Fecha de la Providencia</b>	04 de febrero del 2015
<b>Delito</b>	Concusión

<p><i>i. magi strado Ponente</i></p>	<p>Eugenio Fernández Carlier</p>
<p><i>ii. Dem andantes</i></p>	<p>Andrés Yanet Luna Duarte Edwin Daniel Mora Romero</p>
<p><i>iii. Tem a</i></p>	<p>Recurso de Reposición</p>
<p><i>iv. v. vi. vii. viii. ix. Hec hos</i></p>	<p>El día cuatro (4) de agosto de dos mil once (2011), los patrulleros ANDRÉS DUARTE y EDWIN ROMERO, luego de advertirles a los esposos NEIL ORTIZ y JULIE HERNÁNDEZ que no podían continuar con la construcción que estaban haciendo en un lote ubicado en el barrio Patio Bonito de la ciudad de Bogotá sin la correspondiente licencia y recordarles que la ejecución de una obra en esas condiciones conllevaba una multa le pidieron a NEIL ORTIZ la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) luego rebajada a trescientos mil pesos (\$300.000).</p> <p>Enterada la policía de tales hechos, JULIE HERNÁNDEZ, procedió a entregar el dinero y una vez estos fueron recibidos por EDWIN ROMERO en el parqueadero del almacén Carrefour de Tintalito los acusados fueron capturados en flagrancia.</p> <p>El 18 de diciembre de 2012, el Juzgado Once Penal del Circuito Adjunto de Conocimiento de Bogotá condenó a ANDRÉS DUARTE y EDWIN ROMERO, a la pena de prisión de 96 meses y multas respectivas e inhabilidades correspondientes, como coautores del delito de concusión; decisión confirmada por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 7 de mayo de 2013.</p> <p>Contra la sentencia de segunda instancia la defensa técnica interpuso recurso extraordinario de casación, que fue inadmitido por la Sala el 28 de agosto de 2013.</p> <p>A través de auto proferido el 22 de septiembre de 2014 la Corte inadmitió la demanda de revisión presentada, decisión contra la cual el apoderado del condenado interpuso recurso de reposición.</p>
<p><b>Pretensiones</b></p>	<p>La apoderada de ANDRÉS DUARTE y EDWIN ROMERO insiste en señalar que la inexistencia de la dirección del inmueble donde presuntamente los condenados realizaron las exigencias contrarias a la ley, por un acto propio de sus funciones, permite en ese orden y sin desconocer que la inexistencia del citado inmueble pudo ser conocida antes de los debates efectuados en las instancias, también es cierto que conforme el artículo 83 de la Constitución Política la defensa confió en que la Fiscalía había efectuado tales investigaciones situación que no lo realizaron por lo tanto tiene el carácter de novedoso porque permiten establecer la inocencia de los sentenciados</p> <p>Insiste en señalar que culminado el debate probatorio, se desconoció la inexistencia del inmueble cabe señalar que al ser concluyentes en determinar que el inmueble donde supuestamente se estaba construyendo sin los requisitos legales exigidos para el efecto no existe, así como tampoco hubo licencia alguna para tramitar la construcción y, si ello es así, fácil resulta concluir que no hubo exigencia ilegal en uso de sus funciones por parte de los acá condenados.</p>



	<p>Afirma que por prueba nueva no solo debe considerarse aquella de la cual no se tiene conocimiento, sino también lo es la que se sabe que existe, pero no fue posible aducir en el proceso, circunstancia ésta que fue la que se presentó en el proceso, pues solo se vino a tener noticia de los citados documentos una vez culminado el debate probatorio del juicio.</p> <p>En ese orden, solicita revocar la decisión impugnada y se admita la demanda de revisión y, en consecuencia, se continúe con el trámite legal.</p>
<p><b>DECISION DE LA CORTE</b></p>	<p>La corte manifiesta; Que la reposición no es el medio para suplir las deficiencias de la demanda, corregirla, adicionarla, recomponerla ni para acreditar aquellos requerimientos que se omitieron con su presentación, sino para controvertir los desaciertos o equivocaciones en que se haya sustentado la decisión que la inadmitió, de modo que quien la profirió tenga la posibilidad de reexaminarlos para así poder llegar a una conclusión de reforma, aclaración o modificación si halla que los reparos formulados son razonables o de confirmación en el evento contrario. (CSJ AP, 22 SEPT. 2004, Rad. 22039). La corte manifiesta que el recurrente hace caso omiso de tan elementales reglas</p> <p>Por lo tanto destáquese que la inadmisión de la demanda se centró en dos supuestos básicos, que no se adujo ni pruebas ni <b>hechos nuevos</b>, y que, aun entendiéndolo como tal las pruebas que se dice se dejaron de valorar, no tendrían éstas la potencialidad de alterar los juicios que llevaron a la conclusión de responsabilidad de los sentenciados, En segundo lugar, se dejó en claro que lo que se pretende por parte de la demandante, es revivir un debate sobre los alcances de las pruebas valoradas en el juicio y dígase también que ni siquiera resulta novedosa la argumentación presentada, todo lo cual es extraño a la acción de revisión, Es así que la recurrente incurre en el mismo error detectado al momento de inadmitir la demanda, pues nuevamente intenta revivir debates propios de las instancias de hechos que fueron conocidos, debatidos y decididos por el juez de conocimiento, en tales condiciones, es claro que la acción de revisión no es el escenario propicio para reabrir el debate probatorio que se dio al interior del proceso, en razón a que las inconformidades o reparos desde ese punto de vista que tuvieron los sujetos procesales, debieron postularlos en las fases propias de la actuación, o a través de los recursos ordinarios o el extraordinario de casación.</p> <p>Entiéndase como prueba nueva; Si la parte ha conocido la prueba, pero por razones estratégicas o de cualquier otro tipo decide voluntariamente renunciar a su descubrimiento y debate en la audiencia de juicio oral, no tendrá la connotación de nueva, porque lo nuevo para la estructuración de la causal tercera de revisión será únicamente aquello de lo cual no se ha tenido conocimiento que existe, o que se sabe que existe pero que no fue posible aducir al proceso.» (CSJ SP, 15 de octubre de 2008, Rad. 29626).</p> <p>la carga de la prueba corresponde al Estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, sin embargo, ello significa, como parece concebirlo la recurrente, 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 cualesquier postura de su contraparte,</p>

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.

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.

No 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.

Y si en ese camino investigativo se encuentra la Fiscalía con elemento de juicio que puedan servir a la teoría del caso de la defensa, su obligación se limita, dentro del principio de transparencia y para hacer efectiva la igualdad de armas, a descubrirlos y dejarlos conocer a la contraparte, pero no, y aquí se hace necesario resaltar el punto, está obligado a presentarlo como prueba dentro del juicio oral, por manera que si la defensa no lo pidió –como carga que le compete para desvirtuar la acusación-, ese elemento no puede ser considerado para efectos de tomar la decisión final.

**FALLO**

NO REPONER la decisión impugnada

**15.10. Ficha Jurisprudencial Radicado No. 52287**

<b>• GENERALIDADES</b>	
<b>gg. Fecha de análisis</b>	2 de junio del 2020
<b>hh. Nombre del Evaluador</b>	Kelly Vanessa Calvache Jesús Antonio Bastidas C.
<b>ii. Corporación</b>	Corte Constitucional <input type="checkbox"/> Corte Suprema de Justicia <input checked="" type="checkbox"/> Consejo de Estado <input type="checkbox"/> Otra, cuál? <input type="checkbox"/> <b>Sala: Casación Penal</b>
<b>jj. Tipo de Providencia</b>	Demanda de casación
<b>kk. Identificar la Providencia</b>	Radicación No. 52287
<b>Fecha de la Providencia</b>	30 de mayo del 2018
<b>Delito</b>	Fraude Procesal Falso Testimonio

<p><i>i. Magistrado Ponente</i></p>	<p>Eugenio Fernández Carlier</p>
<p><i>ii. Demandantes</i></p>	<p>Martha Elena Vanegas Díaz Gabriel Jaime Arango Gonzales</p>
<p><i>iii. Tema</i></p>	<p>Demanda de Casación</p>
<p><i>iv. Hechos</i></p>	<p>El 9 de febrero de 2010, MARTHA DÍAZ presentó ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Envigado demanda ejecutiva, contra Ángela Soto, Para ello, aportó una letra de cambio por \$9'000.000, al parecer suscrita por la demandada y GABRIEL GONZÁLEZ, su ex esposo, el 6 de noviembre de 2005, con fecha de pago 6 de mayo de 2007. A su vez, el 21 de abril de 2010, GABRIEL GONZÁLEZ testificó en ese proceso haber visto cuando Ángela Soto firmó el título valor, la demandada, sin embargo, dijo que nunca suscribió tal documento ni realizó negociación alguna con MARTHA DÍAZ. Tachó de falsedad el título valor y, después de varios peritajes realizados a la firma que obra en la letra de cambio, el Juez Civil Municipal, en auto de 7 de junio de 2011, desestimó las pretensiones de la demanda; igualmente, ordenó remitir copias a las autoridades penales.</p> <p>Por ello, el 27 de febrero de 2012, la Fiscalía General de la Nación les imputó, a MARTHA DÍAZ, la realización del delito de fraude procesal y, a GABRIEL GONZÁLEZ, la conducta punible de falso testimonio, el juicio lo llevó a cabo el Juzgado Único Penal del Circuito de Envigado, donde condenó a los acusados por los delitos materia de acusación, por lo consiguiente apelaron y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en decisión de 28 de noviembre de 2017, la confirmó en los temas objetos de debate, los acusados presentan el recurso extraordinario de casación</p>
<p><b>Pretensiones</b></p>	<p>El recurrente formuló once (11) cargos, uno principal y los demás subsidiarios. El primero, al amparo de la causal segunda de casación desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes; los dos siguientes, con base en la causal primera falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma; y los restantes, fundados en la tercera manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, por violación indirecta de la ley sustancial proveniente de errores de hecho en la valoración probatoria</p>
	<p>La casación es un recurso extraordinario y reglado que les permite a quienes obren con interés debatir ante la máxima autoridad de la justicia ordinaria la correspondencia de una sentencia de segundo grado con el orden jurídico además dicha confrontación repercutirá si se descubre en el fallo algún error de trámite o de juicio jurídicamente relevante,</p> <p>El recurrente planteó la indebida inversión de la carga de la prueba por parte del Tribunal, lo que hizo el ad quem, tal como se advierte de la simple lectura de la decisión impugnada, fue acudir al concepto de “<i>carga dinámica de la prueba</i>”, utilizado por la Sala en diferentes fallos, En estos, se nota cómo tal expresión no implica el desconocimiento del deber, por parte del aparato punitivo del Estado</p> <p>si bien, como ya se anotó, 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</p>

<p><b>DECISION DE LA CORTE</b></p>	<p>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.</p> <p>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 este, 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>De hecho, la tesis de la “<i>carga dinámica de la prueba</i>” es afín a otras teorías del estándar probatorio en materia penal (es decir, de qué debe entenderse por conocimiento más allá de toda duda razonable), como el de la “<i>explicación suficiente</i>”, empleada en los diferentes fallos, o incluso la más reciente de la “<i>versión plausible de inocencia</i>”, que figura en algunos fallos</p> <p>Además la carga dinámica de la prueba le imponía a la defensa del procesado desvirtuar la pretensión de la Fiscalía acreditando a través de cualquier medio probatorio, que Ángela Piedad Soto Marín sí había adquirido esa obligación, Porque de existir esa prueba documental no resulta razonable que la defensa haya omitido aportarla, cuando mostró tanta diligencia en la actividad probatoria que desplegó, la postura del Tribunal, por consiguiente, consistió en no brindarle alcance probatorio a lo dicho por la testigo de la defensa con el argumento según el cual, si era cierto el relato de esa persona, la letra de cambio había obrado como soporte documental de la liquidación conyugal. No es posible apreciar, en este aspecto, una inversión de la carga de la prueba.</p> <p>En este orden de ideas, el discurso del censor no es suficiente para controvertir la sentencia impugnada ni para demostrar un error de trámite o juicio. Por ende, la demanda no será admitida.</p>
<p><b>FALLO</b></p>	<p>No admitir la demanda de casación</p>