LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.¹

SANTIAGO TABORDA GUIRAL²

RESUMEN

Este es el estudio de un rastreo bibliográfico, jurisprudencial y doctrinario sobre la aplicación de la carga dinámica de la prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. Al analizar la información se puede evidenciar las diferentes menciones jurisprudenciales alusivas a la carga dinámica de la prueba en materia penal, y como en muchas de esas menciones se encuentran en errores de conceptuales de la misma, en la medida que se usan unas acepciones sobre carga dinámica de la prueba de una forma inexacta, totalmente alejadas a la verdadera esencia de las cargas probatorias dinámicas que se observan principalmente en el derecho privado.

Así mismo, se muestra como esta figura en materia penal dejan en tela de juicio posibles vulneraciones a principios como la presunción de inocencia, debido de proceso, in dubio pro reo etc., permitiéndose analizar a partir de esto si realmente existe o no una vulneración a los derechos del procesado o si, por el contrario, esclarecer si aún siguen existiendo yerros conceptuales y hermenéuticos. Por último, se proponen criterios que permitan dar un mejor acercamiento a lo que es la carga dinámica de la prueba y como repercute en el derecho penal, dando claridad a los conceptos emitidos por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en lo referente a esta temática, es decir, y de manera más coloquial, se explicara de una forma simple que es lo que realmente la jurisprudencia quiere dar a entender.

PALABRAS CLAVES: Carga de la prueba; carga dinámica de la prueba; presunción de inocencia; estándar probatorio de conocimiento; hipótesis alternativa plausible; in dubio pro reo.

¹ Artículo de revisión bibliográfica para optar por el título de Especialista en Derecho Penal y Criminología.

² Abogado, estudiante de Especialización en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica Luis Amigó; correo electrónico: santiago.tabordagu@amigo.edu.co

ABSTRACT

This is the study of a bibliographic, jurisprudential and doctrinal tracing on the application of the dynamic burden of proof in the Colombian accusatory criminal system. When analyzing the information, it is possible to show the different jurisprudential mentions alluding to the dynamic burden of proof in criminal matters, and as many of these mentions are found in conceptual errors of the same, to the extent that the concept of dynamic burden is used of in the wrong way, totally distant from the true essence of the dynamic evidentiary burdens that are mainly observed in private law.

Likewise, it is shown how the dynamic onus of proof in criminal matters question possible violations of principles such as the presumption of innocence, due process, in dubio pro reo, etc., allowing us to analyze from this if it really exists whether or not there is a violation of the rights of the accused or whether, on the contrary, to clarify whether there are still conceptual and hermeneutical errors. Finally, criteria are proposed that give a better approach to what is the dynamic onus of proof and its impact on criminal law, giving clarity to the concepts issued by the Supreme Court of Justice in its Criminal Cassation Chamber in relation to On this subject, that is, and in a more colloquial way, it will be explained in a simple way what the jurisprudence really wants to imply.

KEY WORDS: onus of proof; Dynamic onus of the proof; presumption of innocence; evidential standard of knowledge; plausible alternative hypothesis; in dubio pro reo.

INTRODUCCIÓN

Las cargas probatorias son teorías propias del derecho probatorio, aplicables a múltiples sistemas procesales tales como el derecho civil, comercial, laboral, administrativo etc., donde lo que se busca es establecer como serán las maneras de probar dentro de un proceso los supuestos de hecho que sustentan las pretensiones de cada parte, y sobre quien recaer el deber de probar. Conforme a lo anterior tenemos que, por regla general, incumbe tanto al demandante como al demandado probar los hechos que sustentan la acción y la excepción respectivamente, llamándole a esto, carga estática de la prueba.

Sin embargo, en la actualidad se ha desarrollado un concepto, o mejor dicho, una teoría del derecho que le da más dinamismo a los procesos, cuya finalidad pretende dar un grado más alto de certeza a la verdad procesal, procurando una colaboración activa de todas las partes procesales para que en el momento que se perciba una dificultad de probar determinado hecho, la carga probatoria se traslade a la parte que le quede más “fácil” aportarla³ dentro del proceso bien sea a petición de parte o de oficio, si bien así el juez así lo considera.

Lo anterior es conocido con el nombre de **teoría de la carga dinámica de la prueba**, que, en palabras muy simples, consiste en que la parte procesal que se encuentre con más facilidad de probar algo, debe hacerlo, generando fenómenos que trasladan o invierten la carga probatoria, es decir, que hay dinamismo en cuanto a la prueba y quien la aporta. Esta teoría del derecho probatorio viene siendo un desarrollo de principios como la colaboración y la solidaridad (Barberio, en Peyrano y Lépori, 2004, citado por Sebastián Betancourt Restrepo), lealtad y buena fe, cuya aplicación debe ser puesta a consideración del juez, toda vez que deben existir fundamentos razonables para que se acepte o se determine realizar una distribución equitativa de la carga probatoria dentro de un proceso.

³ La obligación de probar se traslada a quien tenga mejor posibilidad de aportarla, por su relación o manipulación directa con lo que se pretende hacer valer como prueba; cuando, por ejemplo, en un proceso de responsabilidad médica, la parte demandante debe probar la existencia de una historia clínica para evidenciar los respectivos procedimientos, en este caso quien está en mejores condiciones de aportar la prueba es la clínica o persona a la cual se le atribuye la responsabilidad.

Si bien esta figura jurídica tiene gran aplicación en jurisdicciones como la civil, administrativa etc., esta misma en Colombia no ha tenido una gran discusión en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, puesto que los casos en los que se han hecho alusión a esta figura probatoria han sido, no obstante, sí se ha contado con un número de fallos consecutivos que se pueden tomar como referentes que indican la posibilidad de la aplicación de esta figura en el ámbito penal.

Conforme a lo anterior, se tiene como objetivo general: Analizar la aplicación de la carga dinámica de la prueba en el sistema penal acusatorio colombiano a partir de las sentencias de Casación de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, desde un análisis jurisprudencial, con referentes dogmáticos y doctrinarios, mediante una metodología cualitativa⁴, usando la técnica de recolección, rastreo bibliográfico y análisis documental, tomando como base de datos: jurisprudencias, leyes, libros de derechos, artículos de investigación etc. Lo anterior con la finalidad de llegar al primer objetivo específico, para determinar los criterios que se deben tener en cuenta para dar aplicación a la carga dinámica de la prueba en el sistema penal acusatorio colombiano conforme a los pronunciamientos de la corte suprema de justicia. Por último, llegar al segundo objetivo específico y proponer criterios para la no aplicación de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal.

Retomando todo lo mencionado se busca responder ¿Cuáles son los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia Sala de casación penal, con respecto a la aplicación de la carga dinámica de la prueba en el procedimiento penal establecido en la Ley 906 de 2004?

⁴ Los estudios cualitativos tal y como lo menciona Vargas Beal (2012) son: Métodos, Observables, Técnicas, maneras específicas, que se usan al observar esencialmente de manera subjetiva algún fenómeno de la realidad. Estos estudios se caracterizan en la cualidad, es decir, en la característica, por eso es llamada cualitativa. Esta metodología en palabras textuales del autor “*produce como resultados categorías (patrones, nodos, ejes, etc.) y una relación estructural y/o sistémica entre las partes y el todo de la realidad estudiada*” (P. 21)

1. Aplicación de la carga dinámica de la prueba en el sistema penal acusatorio colombiano.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en sus diversos fallos, ha emitido pronunciamientos referentes a la carga dinámica de la prueba dentro del proceso penal, y ha aclarado en la mayoría de sus decisiones que esta figura jurídica puede tener una aplicación excepcional, para lo cual es pertinente observar cuales son las tesis principales de estos pronunciamientos, no sin antes haber repasado los referentes legislativos y doctrinarios que hacen alusión a la carga de la prueba y al derecho probatorio en general.

Para (Quijano, 2007) la carga de la prueba⁵ va más allá de un criterio de interés individual, que busca únicamente el provecho de una de las partes intervinientes dentro de un proceso, sino que es un criterio fundamentado en la solidaridad y colaboración, cuya finalidad es servir a la justicia. Es por lo anterior que Quijano indica que la carga de la prueba implica una ayuda inteligente y roles activos entre el juez y los que hacen parte dentro del proceso, eso sí, aclarando que ese criterio de inteligencia en el tema probatorio tiende más a ser una obligación para poder servir a la justicia. (P.235)

Se reitera entonces que, incumbe tanto al demandante como al demandado probar los hechos que sustentan sus pretensiones, tanto en las acciones, como en sus excepciones, teniendo en cuenta los resultados negativos que se puedan surgir durante el proceso en caso de no llegar a probar determinados hechos, sin dejar a un lado que, en sistemas procesales como el civil y el comercial, existe la posibilidad de que los jueces de manera oficiosa ordenen a alguna de las partes que prueben determinados asuntos, con la finalidad de salir de las dudas que surjan en virtud de las dificultades probatorias de alguna de las partes.

Por otro lado, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla por supuesto se ha referido a la institución de la carga de la prueba de manera general, y de igual medida ha hecho

⁵ Para Quijano (2007) la carga de la prueba es una noción procesal que le muestra a las partes que son responsables de probar los hechos que sustentan, para de esta manera buscar la aplicación de las normas jurídicas que pretenden hacer valer, e indicar al juez como fallar a falta de prueba (P.249)

pronunciamientos referentes a la carga dinámica de la prueba. (Peña, 2008) Nos introduce a un concepto genérico de lo que es esta figura jurídica: “La carga de la prueba corresponde a una pauta que debe seguir el juez respecto de cuál parte procesal debe asumir las consecuencias de la falta de prueba de los hechos y las respectivas afirmaciones” (p.274)

Para reforzar estos conceptos genéricos Taruffo, citado en (Peña, 2008) indica que: “se requiere que la parte que tiene la carga probatoria demuestre la verdad relativa a los hechos que ha presentado como fundamento de su derecho...” (p. 275). Este autor a lo largo de su escrito recoge algunos conceptos emitidos por la Corte Constitucional, en relación a la carga de la prueba y sus implicaciones dentro de un proceso, donde se esclarece que por regla general, quien realiza una afirmación debe probarla, sin perjuicio de las excepciones establecidas por la ley (sentencia C-202, de 2005); de igual manera la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 4 de marzo de 1998 mencionada en (Peña, 2008) define la carga de la prueba de la siguiente manera: “...*la carga procesal es una situación jurídica, instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto y, cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él*” (p.276).

Por otro lado, es necesario resaltar lo que significa la carga de la prueba dentro del derecho, específicamente lo estipulado por él (Consejo Nacional Legislativo, 1887), es decir el Código Civil Colombiano en su artículo 1757 que establece “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*”.

De igual manera el (Congreso de la Republica, 2012) en el Código General del Proceso en su artículo 167 estipula que “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. Además, en el siguiente inciso hace alusión al tema de la carga dinámica de la prueba de la siguiente manera:

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.

Sobre la carga de la prueba (Devis, 2000) indica que para entender el concepto de carga de la prueba se deben tener en cuenta dos aspectos: 1) Es una regla de juicio, lo cual significa que le indica al juez como debe fallar cuando no exista prueba en relación a los hechos en los cuales se basa su decisión; 2) se establece como una regla de conducta para las partes, porque indica, de manera indirecta cuales son los hechos que a cada una de ellas le interesa probar, para que de esta manera sean consideradas por el juez como fundamento de sus pretensiones o excepciones. (P.196-197)

Al retomar lo mencionado se obtiene una visión de lo que es la carga de la prueba en manera general, dando claridad en el concepto y su importancia en los procesos judiciales y así mismo en la legislación procesal colombiana en el ámbito privado muestra una definición completa de la figura jurídica materia de estudio.

Ahora bien, se debe esclarecer como es el funcionamiento de la carga de la prueba en el ámbito penal, para lo se trae a colación a (Bedoya, 2008) el cual, explicando el funcionamiento del sistema penal acusatorio colombiano (Ley 906 de 2004) indica que la carga de la prueba en cuanto a demostrar la existencia de una conducta punible cometida por determinado individuo, recae sobre la Fiscalía, y esta misma debe demostrar las pruebas necesarias, suficientes, obtenidas lícitamente y de la forma requerida, para así lograr el convencimiento del juez más allá de toda duda razonable⁶.

Para autores como (Bedoya, 2008) se hace alusión a que si bien la carga de la prueba por parte del ente acusador está encaminada a demostrar únicamente los hechos constitutivos de una conducta punible, este deberá tener en cuenta los medios de conocimiento que le sean favorables al procesado, bien sea para adecuar de mejor manera la imputación, la solicitud de una medida de

⁶ Este estándar de conocimiento para autores como (Bustamante, 2010) indica que para el juez penal llegar a una condena, debe tener un alto nivel de certeza en cuanto a la culpabilidad: “*Ello significa que el acusado tendrá que ser absuelto todas las veces que sobre su culpabilidad resulte una duda razonable*”.

aseguramiento o su revocatoria según el caso⁷; de igual medida el ente acusador **si está obligado a descubrir la totalidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física encontrados, inclusive los que le sean favorables al procesado.** Negrilla fuera de texto (p.33)

También indica que la defensa también debe asumir cierta carga probatoria, pero esta no requiere tanta rigurosidad, ya que a este solo basta con generarle duda al juez y de esta manera lograr una sentencia favorable, sin embargo, esto no significa que la defensa deba asumir un rol pasivo durante el proceso, es por ello que hay circunstancias en que la defensa debe asumir labores investigativas para poder desvirtuar los argumentos de la fiscalía. (Bedoya, 2008, p. 33)

Es en este punto se debe destacar que la carga de la prueba en términos genéricos es similar para cada sistema procesal (por lo menos los derivados del derecho privado), sin embargo, una de las diferencias sustanciales que se destaca en el sistema procesal penal, es el estándar de conocimiento⁸ requerido para cada una de las partes involucradas dentro del proceso.

Para lo anterior (Bedoya, 2008), indica que la fiscalía debe demostrar los elementos constitutivos de la conducta punible, tales como lo serían la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, desprendiéndose de lo anterior el nexo causal entre la conducta realizada y el resultado, las circunstancias de mayor o menor punibilidad etc., y la carga probatoria por parte de la defensa va encaminada a generar duda al juez y en algunas circunstancias realizar labores investigativas si fuere necesario.

Conforme a lo afirmado por García, (2016), con base en el inciso segundo del artículo 7 de la ley 906 es claro que la duda que supere el umbral de lo razonable será resuelta a favor del procesado, es decir que el acervo probatorio por parte del ente acusador (quien representa al estado) en relación a la responsabilidad penal del procesado que genere incertidumbre en la conciencia del

⁷ Para (Congreso de la República, 2000), es decir, la Ley 600, en su artículo 20 rige el principio de investigación integral: *“El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado”*.

⁸ Para el ente acusador ese estándar es el de conocimiento “más allá de toda duda” y para la defensa conforme a varios pronunciamientos de la corte lo conocido como “versión plausible de Inocencia”. En nuestro estatuto procesal (Congreso de la República, 2004) en su artículo 7 inciso cuarto se establece que “...Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”

juez, tendrá como resultado la aplicación del *in dubio pro reo*⁹.(p.10) desarrollado en el mismo artículo.

Pero no se puede obviar que este mismo artículo 7 de la ley 906 de 2004 en su inciso segundo (mencionado con anterioridad) establece que “...corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal...” y en su inciso tercero establece claramente que “en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria” (claro está, en relación a la responsabilidad penal), lo que en palabras de La Corte Suprema de Justicia en la (Sentencia 39419, 2015) indica que “...el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, pues es función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y es penalmente responsable”.

Lo anterior, se complementa con lo establecido en la (Congreso de la República, 2004) en su artículo 125 numeral 8 donde se establece que la defensa no está obligada a presentar prueba de descargo o contra prueba ni a intervenir activamente durante el juicio oral”. se puede inferir que, basta con que la defensa realice una actuación pasiva durante todo el proceso, siendo únicamente necesario que esta misma genere duda al juez y, como consecuencia, sea resuelta a favor del procesado en virtud de los artículos 7, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el estándar probatorio colombiano es el “conocimiento más allá de toda duda”.

A partir de lo expuesto, sería fácil concluir que en el sistema penal acusatorio colombiano no se podría aplicar la carga dinámica de la prueba, toda vez que es función propia de la fiscalía asumir la carga probatoria acerca de la responsabilidad penal del procesado; además, se evidencia que las actuaciones de la defensa pueden enfocarse únicamente en la ejecución de un rol pasivo dentro del proceso, sin que esto implique consecuencias adversas, puesto que no hay obligación de asumir una posición activa llevando todo esto a inferir que la carga dinámica de la prueba no es aplicable en el sistema penal acusatorio colombiano.

⁹ Para (Montoya, 2020) “...el *in dubio pro reo* se presenta cuando existe actividad probatoria, empero si presenta duda, resulta perentoria la absolución”. Es decir que cuando existe prueba en relación a determinado hecho, pero esta no logra probar en el estándar de conocimiento suficiente generara una duda en el juzgador, la cual será resuelta a favor del procesado.

No obstante, es un hecho que el derecho está lleno de relativismos y excepciones, por lo tanto, existe la posibilidad de que se pueda configurar la carga dinámica de la prueba en el sistema penal acusatorio¹⁰ en ciertos casos, en los cuales con base a los múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se determinarían los criterios para su aplicación.

¹⁰ Para autores como (Giacomette, 2009) la carga dinámica de la prueba trae como consecuencia una inversión de la carga de la prueba, para que esta última sea aportada por quien tenga más facilidad de hacerlo dentro del proceso, que generalmente solo usa en el proceso civil y administrativo, sin embargo, reconoce su aplicación de carácter restrictivo en materia penal, no para probar lo que le compete al estado, sino para desvirtuar lo ya probado por este. (P. 207-208)

2. Criterios para dar aplicación a la carga dinámica de la prueba en el sistema penal acusatorio colombiano

Siendo la carga dinámica de la prueba en materia penal un criterio de aplicación “excepcional” en el ámbito penal conforme a la Corte Suprema de justicia, se deben determinar los criterios que se deben tener en cuenta para su aplicación y a su vez establecer los tipos penales en los cuales se hace alusión al dinamismo probatorio.

Por lo tanto, se hará un recorrido por diferentes sentencias. Además, se establecerán, por lo menos, algunos de los tipos penales para los cuales la jurisprudencia ha indicado que se debe dar aplicación a la figura objeto de estudio, resaltando que, la Corte Suprema de Justicia no solo ha dado indicaciones, sino que a su vez ha realizado severos llamados de atención para la quienes ejercen la defensa, advirtiéndoles que asumir una actitud pasiva en ciertos casos puede conllevar inevitablemente a la condena de su defendido.

Se comienza el recorrido jurisprudencial en el cual se hará énfasis en algunas de las sentencias estudiadas:

2.1 (Sentencia 31103, 2009)

En esta sentencia varios autores como (Boek, 2012, P.277-281) coinciden en que es uno de los primeros antecedentes donde presuntamente se da aplicación a la carga dinámica de la prueba en nuestro sistema procesal actual, es decir, la Ley 906 de 2004.

En el caso referido se había absuelto al procesado en segunda instancia, no obstante la corte confirma la condena del a quo, toda vez que en este caso la defensa indicó que faltó un examen médico que determinaba si su defendido tenía o no una enfermedad venérea, lo cual en ese sentido, demostraría la inocencia del mismo; no obstante es claro que tales afirmaciones deben tener un fundamento y, por ende, aunque la defensa estuviese inicialmente una actitud pasiva, no puede pretender implementar nuevos hechos con medios de prueba con base netamente argumentativa, es decir, estas aseveraciones deben ser probadas en juicio.

2.2 (Sentencia 31147, 2009)

En la sentencia de primera instancia en relación al delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, se absuelve al procesado de los cargos formulados por el ente acusador, sin embargo, dicha decisión fue impugnada por el apoderado de la parte civil, el cual en segunda instancia se confirmó la respectiva absolución. Frente a esta última decisión se interpone recurso de casación en el cual, haciendo alusión a la carga dinámica de la prueba se procede a condenar al procesado, toda vez que la fiscalía pudo acreditar su teoría del caso y la defensa adujo hechos que no probó.

Para la Corte, en principio le corresponde al ente acusador probar la responsabilidad penal del procesado, y como consecuencia no es obligación de la defensa realizar actuaciones destinadas a acreditar la inocencia, lo anterior haciendo alusión a que toda duda deberá resolverse a favor del procesado. Sin embargo, en la misma sentencia la Corte advierte que si bien el principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* cobijan al procesado, se debe tener en cuenta que si el ente acusador acredita con las pruebas necesarias, allegando los medios de conocimiento suficientes para determinar la existencia o participación en un delito, la defensa o el procesado, si quieren controvertir dicha evidencia en su contra, le corresponderá entregar los elementos de juicio que soporten lo pretendido.

En este punto Betancourt (2010) indica que en estos casos la corte acude a la teoría de la carga dinámica de la prueba para legitimar las deficiencias probatorias por parte de la fiscalía, además indica que recae sobre la defensa, el ejercicio probatorio, la presunción de su culpabilidad y el desconocimiento del *in dubio pro reo*. (P.40)

Del postulado de Betancourt (2010) se debe diferir, toda vez que en relación a las sentencia aludidas con anterioridad, se puede observar que en cada una de ellas hubo error al emplear el concepto de carga dinámica de la prueba, donde desde una óptica más fiel a las teorías probatorias se puede evidenciar que los postulados dados por la referida Corte, hacen realmente alusión al rol activo que asume la defensa, y es por esto que, en un sistema procesal adversarial, cada parte, al realizar un rol activo debe probar los hechos que desea hacer valer en juicio, por lo tanto esto se conoce como carga estática de la prueba.

2.3 (Sentencia 37279, 2012)

Frente al delito de hurto calificado la Corte establece en relación a la carga dinámica de la prueba, que una vez el ente acusador, mediante todos los medios legales, prueba que la persona acusada es responsable de determinado delito, se desvirtúa de esa manera la presunción de inocencia que precede cualquier imputación y, por ende, en este sentido se considera viable acudir a las cargas probatorias dinámicas, y, por lo tanto a la defensa y obviamente a su representado le serán exigibles aportar medios de conocimiento contundentes para desacreditar la acusación.

2.4 (Sentencia 35159, 2012)

En esta sentencia con relación a los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, establece una interesante tesis en lo referente a la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, sus tesis se fundamentan en lo siguiente:

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

Indica la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia que lo mencionado es aplicado, por lo general en los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares. Es por ello que se hace alusión a que, si la fiscalía expone teorías del caso realmente plausibles, es decir, realmente convincentes, debidamente fundadas mediante los medios de conocimiento que se hallaren el expediente, la defensa no podrá establecer hipótesis alternativas de lo sucedido, si en la etapa pertinente no aportó medios cognoscitivos que pudieran fundar sus afirmaciones. En este sentido la (Sentencia 35159, 2012) fue enfática al realizar la siguiente observación:

Sólo cuando la hipótesis sostenida por el organismo acusador sea manifiestamente contraria a derecho, o abruptamente desatinada en lo fáctico, podrá ser refutada desde el punto de vista argumentativo por el procesado o su defensor, esto es, sin haber tenido que acudir a una teoría alternativa, fundada en pruebas, que explique racionalmente lo sucedido.

Si bien la Corte Suprema de Justicia se ha remitido a la aplicación de la carga dinámica de la prueba, en esta sentencia deja un sinsabor ya que no se observa dinamismo alguno en el debate probatorio, lo que se reprocha conforme a lo aludido por la Corte es el ejercicio pasivo por parte de la defensa, al establecer teorías del caso netamente argumentativas sin soporte probatorio alguno.

2.5 (Sentencia 39876, 2013)

En esta sentencia, si bien se trata de un proceso bajo la Ley 600 del año 2000 es interesante resaltar su manifestación relacionado al objeto de este estudio, toda vez que indica que en el momento en que la fiscalía cumpla el rol probatorio que le es requerido, es viable aplicar el concepto de la carga dinámica de la prueba, lo cual en palabras textuales “...*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*”

Si bien este pronunciamiento data de otro estatuto procesal, se puede dejar como evidencia el cambio normativo entre la ley 600 de 200 y la ley 906 de 2004 y como era la dinámica en el tema probatorio en cada una de ellas.

2.6 (Sentencia 40634, 2013)

En esta sentencia la corte reitera lo mencionado por la misma sala indicando que cuando el ente acusador cumple con los elementos necesarios que permiten demostrar que existió el delito y consecuentemente la culpabilidad del acusado, la defensa, si quiere controvertir esos elementos deberá desplegar labores investigativas y allegar los elementos necesarios para sustentar su pretensión. es decir, que la carga dinámica de la prueba se usa en el ámbito penal, no para que la defensa tenga que probar lo que le corresponde al estado, sino para controvertir y desvirtuar lo probado por el ente acusador

2.7 (Sentencia 39291, 2013)

Aquí nuevamente la Corte Suprema de Justicia se pronuncia en igual sentido de la siguiente forma:

«... resulta posible en aras de controvertir la fortaleza de la acusación a cargo de la Fiscalía y en el evento de que se cuenten con elementos que así lo permitan, que tanto la defensa como el procesado los pongan a su disposición». Comillas dentro del texto.

Estableciéndose en igual sentido, que la defensa debe aportar los elementos de juicio necesarios para atacar lo probado por el ente acusador.

2.8 (Sentencia 42516, 2014)

Nuevamente la corte se refiere a uno de las sentencias ya citadas, específicamente la 35159 de 212 en el sentido que cuando la fiscalía prueba sus hipótesis de la existencia de la conducta y culpabilidad del procesado, la defensa en caso tal de proponer hipótesis alternativas, estará obligado a aportar los medios de conocimiento que las soportan.

En este caso en concreto *“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”*.

2.9 (Sentencia 43388, 2014)

En relación al delito de lavado de activos, esta sentencia advierte lo siguiente refiriéndose a pronunciamientos anteriores de la misma Corte: establece que demostrar el amparo legal o la licitud del capital que se tiene o se administra, es una obligación del tenedor del mismo en todo momento; por lo tanto cuando no se demuestra la licitud o ese amparo legítimo, la Corte indica que es dable inferir que la actividad ilegal consiste en *“encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes”, de manera que por esa vía se estructura la tipicidad y el juicio de reproche a la conducta de quien se dedica a lavar activos”*

Lo anterior significa que, una vez que el ente acusador pruebe en el estándar de conocimiento requerido para el respectivo delito, a la defensa no le queda más alternativa que aportar las pruebas necesarias para desvirtuar la teoría del ente acusador.

2.10 (Sentencia 39895, 2014)

De esta sentencia, en relación al delito de calumnia, la Corte indica:

«Los medios de persuasión deben ser aportados por quien esté en mejor capacidad de hacerlo, correspondiendo en este caso al doctor BG allegar las columnas de opinión o los artículos que dice haber escrito y publicado sobre Posada Sánchez, o, por lo menos, suministrar información concreta y precisa sobre fechas y medios de comunicación en los que presuntamente se difundieron, carga procesal que no atendió». (comillas dentro del texto)

Conforme a esto claro está, que, para el proceso penal, no se trata exactamente de qué parte esté o no este en mejor capacidad de aportar la respectiva prueba, se trata más bien de que si una parte, llámese ente acusador o defensa, proponen la existencia de ciertos elementos o ciertos hechos, estos últimos deberán ser probados o aportados y de no hacerlo se verán sometidos a las consecuencias de no probar sus argumentos.

2.11 (Sentencia 45310, 2015)

La Corte suprema de Justicia en esta sentencia no avala las actuaciones pasivas por parte de la defensa, para lo cual hizo el siguiente pronunciamiento previamente realizado por la misma sala en la sentencia 33660 de 2009, primer sentencia analizada , que a su vez entrelaza con el concepto de la carga dinámica de la prueba: *“La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada...”*. Es por esto que la defensa debe aportar las pruebas que acrediten sus pretensiones y no limitar el ejercicio de su defensa a una estrategia meramente argumentativa.

2.12 (Sentencia 45699, 2015)

Este caso hace un recorrido por los pronunciamientos de la referida Corte, reiterando que la carga dinámica de la prueba en el proceso penal es un criterio excepcional, como la actuación de un sujeto procesal, que consiste en aportar una prueba estando en la mejor posición de hacerlo. para lo cual indica que:

En el sistema acusatorio la carga dinámica de la prueba obedece, en esencia, como lo viene afirmando esta Sala, a la entrega por parte de la defensa (material o técnica) de elementos materiales probatorios y evidencia física que excepcionalmente puedan ser controvertidos en el juicio, apropiados para la acreditación del derecho que le asiste.

Conforme a esto es importante resaltar los anteriores pronunciamientos, toda vez que no solo basta que la defensa se encuentre en la mejor posición para aportar el medio de convicción, sino que este mismo medio debe ser favorable a sus intereses.

2.13 (Sentencia 39419, 2015)

Tal vez, esta sentencia podría ser considerada como la que tiene el criterio más acertado en relación al objeto de este estudio, haciendo inclusive énfasis en tratados internacionales. Es interesante observar cómo dentro del recorrido de esta sentencia se hace alusión al artículo 7 de la ley 906 de 2004 y la constitución política que desarrollan el principio de presunción de inocencia y la prohibición expresa de que no podrá invertirse la carga de la prueba, pues esta misma está en cabeza del ente acusador; se mencionan varios tratados internacionales, los cuales en su contenido desarrollan el principio de presunción de inocencia. Por esto es importante destacar textualmente lo siguiente:

Dado que la carga de la prueba de responsabilidad no puede ser invertida, tampoco admite someterla a las reglas de la carga dinámica de la prueba, que surge "... como una excepción a la regla general, según la cual, quien alega, prueba; la excepción que este principio consagra consiste precisamente en que el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado...

Ya que la carga dinámica de la prueba es una figura de aplicación excepcional y comúnmente se da en el derecho privado, la Corte Suprema de Justicia manifiesta en esta misma sentencia:

Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones

Lo anterior refuerza a toda luz que no se trata de que en el proceso penal se aplique la carga dinámica de la prueba, sino de labores investigativas y roles activos por parte de la defensa que deben estar encaminados a desvirtuar lo probado por el ente acusador

2.14 (Sentencia 39991, 2015)

Se trata de un proceso por el delito de lavado de activos. Donde la Corte menciona lo siguiente:

De los documentos que se aporten se dará traslado al perito que rindió el dictamen, para que, con base en estos, haga las adiciones y aclaraciones deprecadas por la defensa, quien en todo caso tiene facultad para aportar nuevos documentos cuantas veces lo estime necesario, teniendo en cuenta que en la investigación de esta clase de delitos opera el principio de carga dinámica de la prueba.

Si bien, conforme a los demás casos expuestos la corte ha reiterado que para el delito de lavado de activos es viable dar aplicación a la carga dinámica de la prueba a las actuaciones realizadas por la defensa, estas afirmaciones, tal y como la anteriormente citada, pueden conducir a actuaciones que posiblemente desnaturalizan el proceso penal.

2.15 (Sentencia 46738, 2015)

Con relación a uno de los postulados propuestos por la defensa, en relación a los delitos de peculado, interés indebido en la celebración de contratos y otros, se hace alusión nuevamente a que es viable dar aplicación a la figura de la carga dinámica de la prueba frente a los delitos de

lavado de activos o el enriquecimiento ilícito y traer su aplicación a este caso en concreto. No obstante, lo anterior, si bien se hace alusión a la carga dinámica de la prueba, al examinar con detenimiento la sentencia se puede determinar que cuando se le exige a la defensa acreditar causales de atipicidad, justificación, atenuación etc., no estamos frente a una inversión de la carga probatoria, sino a una figura más común, como lo es la incumbencia probatoria.

2.16 (Sentencia 47802, 2016)

En este caso se reitera lo mencionado en la 33660 de 2009 y en la Sentencia 45310, 2015, en el sentido que la defensa debe demostrar las circunstancias que se opongan a las acusaciones realizadas por la fiscalía, y como consecuencia, conforme a lo ya analizado en las referidas sentencias, no hay lugar a avalar actitudes pasivas por parte de la defensa.

2.17 (Sentencia 40120, 2017)

En relación a los delitos de lavado de activos o enriquecimiento ilícito, la Corte en esta sentencia se ha pronunciado, siguiendo la mayoría de postulados observados en otras sentencias:

Ahora bien, cuando la Fiscalía ha demostrado la hipótesis de la acusación, y la defensa pretende proponer hipótesis alternativas, fundamentadas en información a la que tiene más fácil o exclusivo acceso (por ejemplo, la prueba del origen lícito de una fortuna), tiene la carga de demostrarlas, bajo el entendido de que los estándares de conocimiento son diferentes: la Fiscalía debe demostrar su hipótesis en grado de certeza (racional) o más allá de duda razonable (Ley 906 de 2004), mientras que a la defensa le basta con demostrar que la hipótesis alternativa es verdaderamente plausible...

Se deja claro entonces y se enfatiza que cuando la fiscalía logra demostrar sus hipótesis, en el estándar de conocimiento requerido (más allá de toda duda), la defensa, en caso de proponer hipótesis alternativas a estas, no se le requerirá el mismo estándar de conocimiento que a la fiscalía, sin embargo, estas hipótesis alternativas deberán ser plausibles y solo lo serán en la medida que sean corroboradas probatoriamente.

Aquí se observa que el ejercicio de la defensa no puede limitarse a una actuación pasiva y meramente argumentativa, toda vez que al traer al tema de prueba una hipótesis alternativa, los elementos exculpativos que en ella invocan, deberán ser asumidos propiamente por la defensa¹¹.

2.18 (Sentencia 49622, 2017)

En este caso se reitera lo mencionado en la sentencia 33660 de 2009, en la Sentencia 45310, 2015 y Sentencia 47802, 2016 por lo que solo se considera necesario recordar que no se pueden avalar actitudes pasivas por parte de la defensa, cuando pudiendo aportar las pruebas a sus causales exculpativas, decide no hacerlo.

2.19 (Sentencia 49280, 2017)

En esta sentencia se habla que hay carga dinámica de la prueba o inversión de la carga de la prueba de la siguiente manera:

...cuando dicho sujeto procesal está en desacuerdo con el contenido demostrativo de uno o varios medios de convicción del órgano de persecución penal enderezado a acreditar un hecho concerniente al tema de prueba, es a aquél a quien corresponde refutarlo, sobre todo tratándose del sistema adversarial consagrado en la Ley 906 de 2004, en el que las partes, en igualdad de armas, están facultadas para recabar los elementos cognoscitivos indispensables a su teoría del caso y ejercer el derecho de contradicción con amplias facultades.

Es así como la Corte nuevamente encamina el concepto de carga dinámica de la prueba, cuando la defensa invoca elementos de convicción, dejando inmersa de esta manera la obligación de aportarlos y hacerlos valer en juicio.

¹¹ Esta postura se refuerza con lo planteado por (Mora & Ortiz, 2014) cuando indican que:

...en cualquier proceso penal, dentro de un sistema acusatorio, debe existir la presencia de una verdadera defensa técnica, y ante la actividad investigativa de la Fiscalía en la que se cuente con 35 prueba de cargo en contra del procesado, le corresponde a la defensa asumir, no una actividad pasiva, como bien puede hacerlo, sino una verdadera actividad en la que se logre aportar pruebas que desvirtúen la teoría del caso de la Fiscalía en base a la cual fundamenta su acusación (P. 34-35)

2.20 (Sentencia 46965, 2017)

Aquí se remite lo mencionado en la sentencia, 49280 de 2017, reiterando que, si la defensa está en desacuerdo con los medios de convicción del ente acusador, le corresponde a la defensa refutarlo, aportando sus elementos probatorios que pretende hacer valer. Por lo anterior no hace profundizar.

2.21 (Sentencia 49994, 2017)

En relación al delito de lavado de activos se hace la siguiente salvedad, corroborando los criterios previamente establecidos de la siguiente manera:

...en los diligenciamientos rituados bajo la égida de la Ley 906 “la parte que plantea la hipótesis fáctica tiene la carga de demostrarla”. **(esto significa que en la ley 906 quien plantee una hipótesis fáctica debe demostrarla, y en este punto no es suficiente, para el caso de la defensa, ejercer su derecho meramente por la vía argumentativa dejando a un lado la parte demostrarla.)** Negrillas fuera de texto.

De esta manera se sigue ratificando una vez más lo ya referido por la corte en relación a la carga dinámica de la prueba.

2.22 (Sentencia 48745, 2017)

Siguiendo los mismos lineamientos, la Corte Suprema de Justicia nos indica que la carga de la prueba en el ámbito penal, le corresponde al ente acusador, es decir a la fiscalía, por lo tanto el procesado no se encuentra obligado a probar su inocencia (es decir, que no cometió el hecho delictivo y que no es culpable). No obstante, lo anterior, la referida Corte indica que “...a dicha regla mal puede dársele el alcance de llegar a afirmar que el acusado no tiene la obligación de acreditar las circunstancias exculpativas que alega en su favor”.

Es de esta manera en que se reitera que la parte que alega determinado hecho debe probarlo y se reitera de las consecuencias que se pueden tener de no aportar el medio de prueba respectivo pudiendo hacerlo. Es por esto que, conforme a la corte, la carga de la prueba en relación a la

presunción de inocencia no puede tornarse como absoluta, en el sentido que no se debe avalar la actitud pasiva por la parte procesada, pues manifiesta esta entidad que existen situaciones en que la parte acusadora tiene dificultades para probar determinado hecho, y la defensa tiene la facilidad de aportar el respectivo medio (prueba) siempre y cuando esta beneficie sus intereses. Es de esta manera como la corte hace alusión a que se debe emplear la carga dinámica de la prueba, una figura que es propia del derecho privado, pero hoy en día aplicada en el derecho penal sin que esto implique una violación a la presunción de inocencia.

No obstante, lo anterior, no debe confundirse el concepto de carga dinámica de la prueba, con la carga estática de la prueba o incumbencia probatoria, pues esto puede conducir a apreciaciones erróneas en relación a estos conceptos tal y como se observa en la sentencia referida.

2.23 (Sentencia 46673, 2017)

Indica la corte en este caso, que a la acusada le competía acreditar el origen lícito de su patrimonio, toda vez que la fiscalía demostró su hipótesis de la acusación y en este punto recae sobre la defensa demostrar otras hipótesis alternativas plausibles, fundamentadas en información pruebas de las que se tiene más fácil acceso, poniéndose de ejemplo la prueba del origen lícito de los bienes. Conforme a esto la corte indica que no puede entenderse lo anterior como una inversión de la carga de la prueba y que se imponga la carga al procesado de demostrar su inocencia.

Lo anterior significa, que no se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino probar las hipótesis alternativas que son exculpativas y es a esto a lo que hace referencia la Corte Suprema de Justicia.

2.24 (Sentencia 48741, 2017)

En relación a esta sentencia, resulta interesante si se analiza con detenimiento, se reprocha las actitudes pasivas por parte de la defensa, pues en uno de los cargos se alegaba que el juez no decretó pruebas de oficio, y que por esto se desequilibran las cargas probatorias. Si bien este cargo no prosperó se evidencia entonces el reproche que hace la Corte Suprema de Justicia en cuanto a las deficientes estrategias defensivas, que inclusive desconocen la prohibición de decretarse pruebas de oficio ni mucho menos basarse en las cargas dinámicas de la prueba.

2.25 (Sentencia 52287, 2018)

En esta sentencia se retoman varios de los pronunciamientos realizados en sentencias mencionadas con anterioridad, y se enfatizó en que la defensa **no sustentara una hipótesis plausible de inocencia**, en el sentido que en este caso en concreto el ente acusador logró alcanzar el estándar de conocimiento requerido para probar su acusación y dar certeza de la responsabilidad del procesado.

2.26 (Sentencia 49906, 2020)

En el asunto que concierne, se puede observar una aseveración que puede ser peligrosa y que se observa en el transcurso de toda la sentencia, pues en relación al delito de lavado de activos la Corte asevera lo siguiente:

Ahora bien, para declarar probado que el dinero que portaba IT era de procedencia ilícita, el Tribunal utilizó una inferencia judicial que construyó a partir de los siguientes hechos indicadores: (i) la forma oculta o subrepticia en la que el pasajero portaba las divisas y pretendió introducirlas al territorio nacional; (ii) el hecho de no haberlas declarado en el formulario que para el efecto provee la DIAN; y (iii) la ausencia de un elemento de prueba con el que se demuestre el origen lícito de los recursos, lo que, según la jurisprudencia de la Corte, resulta suficiente para concluir la ilicitud por virtud del concepto de carga dinámica de la prueba.

Conforme al punto (iii) del apartado citado, se afirma que en virtud de la carga dinámica de la prueba, debe la defensa demostrar el origen lícito de los recursos, afirmación que atenta contra toda la estructura y naturaleza del proceso penal, pues si bien en el caso en concreto, el ente acusador logró probar en el estándar de conocimiento requerido la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, le compete entonces a la defensa aportar los elementos necesarios sin que ello implique una inversión de la carga de la prueba.

Esta última sentencia analizada, si bien en el caso en concreto no se observa una inversión de la carga dinámica de la prueba, si se hacen declaraciones frente a esta figura que pueden abrir paso a la aplicación de la misma tal y como pasa en el derecho privado, caso en el cual se

violentaría principios como la presunción de inocencia, cuya protección trasciende al ámbito internacional.

Una vez realizado este recorrido jurisprudencial es oportuno mencionar que, la Corte Suprema de Justicia no solo ha dado indicaciones, sino que a su vez han sido severos llamados de atención para la defensa, advirtiéndole que asumir una actitud pasiva en ciertos casos puede conllevar inevitablemente a la condena de su defendido.

Conforme al rastreo jurisprudencial realizado se estableció que los tipos penales donde se hace más alusión a la aplicación de la carga dinámica de la prueba, son **el lavado de activos, el enriquecimiento ilícito y omisión del agente retenedor o recaudador** (artículos 323, 327 y 402 del código penal colombiano) en cuyos casos la corte suprema de justicia en su sala de casación penal ha indicado que para estos tipos penales, solo es admisible tomar una postura pasiva por parte de la defensa cuando la fiscalía carece de elementos fácticos que den un peso sólido a su teoría, y es así, que solo en estos casos se podría pensar en asumir una postura pasiva en el ejercicio de la defensa, de lo contrario, lo correcto, según la Corte, es asumir un rol activo y, como consecuencia de esto, la defensa deberá presentar sus respectivas pruebas de descargo, so pena de que se falle en contra del procesado.

Teniendo en cuenta todo lo mencionado se especificarán los criterios para dar aplicación a la carga dinámica de la prueba en el proceso penal colombiano:

Como primer criterio se establece que su aplicación se da principalmente en los delitos de **lavado de activos, enriquecimiento ilícito y omisión de agente retenedor**. lo anterior no excluye que se pueda dar aplicación de esta figura a otros delitos.

El segundo criterio se establece cuando el ente acusador cumple con los elementos necesarios que permiten demostrar la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, es decir cuando la fiscalía logra demostrar sus hipótesis, en el estándar de conocimiento requerido (más allá de toda duda).

Para finalizar se establece como tercer criterio, **cuando la defensa, en caso de proponer hipótesis alternativas a las del ente acusador**, no se le requerirá el mismo estándar de conocimiento que a la fiscalía, sin embargo, estas hipótesis alternativas deberán ser plausibles y solo lo serán en la medida que sean corroboradas probatoriamente. En otras palabras, cuando la defensa, quiere controvertir esos elementos que se encuentran en su contra, deberá desplegar labores investigativas y allegar los elementos necesarios para sustentar su pretensión.

3. Criterios para la no aplicación de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal

En relación a las sentencias aludidas con anterioridad, se puede observar que en cada una de ellas hubo error en la aplicación del concepto de carga dinámica de la prueba, donde desde una óptica más fiel a las teorías probatorias se puede evidenciar que los postulados dados por parte de la corte suprema de justicia hacen realmente alusión al rol activo que asume la defensa, y es por esto que, en un sistema procesal adversarial, cada parte, al realizar un rol activo debe probar los hechos que desea hacer valer en juicio, por lo tanto esto se conoce como carga estática de la prueba (o incumbencia probatoria) y esta es la teoría probatoria que le incumbe al derecho procesal penal colombiano. Es por esto que se dice que se está usando el concepto de carga dinámica de la prueba de manera inapropiada.

Autores como (Vargas, 2009) indican que:

a partir del principio constitucional que coloca a todo imputado de un delito en “estado de inocencia” aquél que se lo imputa (sea el Estado por medio del Ministerio Público o un particular en los delitos de “acción privada”) debe siempre “construir” la culpabilidad del imputado en un proceso.

Lo cual nuevamente refuerza la postura de que es el ente acusador quien tiene la carga de la prueba en virtud del principio de presunción de inocencia, conforme lo establece (Constitución Política de Colombia, 1991) en su artículo 29 *“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”*. De igual manera así lo refiere (Forero, 2016) *“Por eso, sería constitucionalmente inadmisibles establecer primero la carga al procesado sobre la prueba de su inocencia, toda vez que el procesado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia por mandato del artículo 29 constitucional. (P.4)*

No se puede obviar tampoco que el campo normativo concretamente en Colombia, está sometido en un bloque de constitucionalidad y que estos mismos deben tenerse en cuenta a la hora de hablar de la presunción de inocencia, tal y como se observa en el Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional, 1998) en su artículo 66 *“Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable”*. Por otro lado, se

observa el artículo 11 de (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), concretamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual establece:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Por otro lado, encontramos lo que dice (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966) en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*".

Por igual camino la (Organización de los Estados Americanos, 1969), en el pacto de San José retoma en su artículo 8 la presunción de inocencia hasta que no se establezca lo contrario. Es por esto y obviamente teniendo en cuenta los antecedentes citados, que aplicar la carga dinámica de la prueba en materia penal sería una violación directa al principio de presunción de inocencia, no solo establecido en el ámbito normativo y constitucional, sino también en tratados internacionales.

Este error por parte de la Corte Suprema de Justicia es netamente teórico, puesto que el fondo de sus diversos pronunciamientos es simplemente llamar la atención a la defensa, para que tenga claridad a la hora de asumir un rol pasivo dentro del proceso penal, toda vez que cualquier insinuación, argumentación, por minuciosa que sea, que demuestren situaciones fácticas alternas deberán ser probadas y, por ende, ese rol pasivo en el proceso se convierte en un rol activo.

El estudio de los tipos penales debe ser minucioso, teniendo siempre como bases los postulados constitucionales y principios rectores de la materia, y es por ello que no todas las teorías del derecho son aplicables al derecho penal, tal y como pasa con la carga dinámica de la prueba y las negaciones indefinidas, teniendo esta última una relación directa con el tema objeto de este escrito.

Conforme a lo mencionado, los criterios que se deben tener en cuenta para no dar aplicación a la carga dinámica de la prueba en el proceso penal son los siguientes:

Como primer criterio para no dar aplicación a la carga dinámica de la prueba en el proceso penal es que los postulados dados por parte de la corte suprema de justicia hacen realmente alusión al rol activo que asume la defensa.

El segundo criterio consiste que, en un sistema procesal adversarial, cada parte, al realizar un rol activo debe probar los hechos que desea hacer valer en juicio, por lo tanto, esto se conoce como carga estática de la prueba (o incumbencia probatoria) y esta es la teoría probatoria que le incumbe al derecho procesal penal colombiano. Esto lo corrobora (Müller, 2014) al indicar que le corresponde a la ley establecer la carga de la prueba para que se tenga claridad a quien le corresponde y qué debe probar, y asumir los resultados que deriven de la falta de prueba, para lo cual la misma autora establece:

De manera que, si las reglas de juego se están fijando en la jurisprudencia, y es ella la que no tiene establecido un criterio único de aplicación de estas, se está poniendo en manos de la arbitrariedad del juzgador un aspecto fundamental para la vida de una persona como lo es, por ejemplo, su libertad. (P.22)

Como tercer criterio se puede inferir que se está usando el concepto de carga dinámica de la prueba de manera inapropiada.

Como cuarto criterio se debe retomar todo lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia en la (Sentencia 39419, 2015) cuando indica que la defensa y por ende el procesado no tienen la obligación de presentar medios de conocimiento para acreditar su inocencia, toda vez que es una función propia del estado acreditar que el delito ocurrió y que el procesado intervino en su realización. *Esto se desarrolla en nuestro estatuto procesal penal (Ley 906 de 2004) en el artículo 7, donde se observa el desarrollo del principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo. Este artículo en su inciso segundo establece que “...corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal...”* y en su inciso tercero establece claramente que “en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”. Lo anterior, sin dejar a un lado los tratados internacionales que soportan el principio de presunción de inocencia.

CONCLUSIONES

La carga de la prueba es una regla que indica en quien recae el deber de probar. Conforme a lo anterior tenemos que, por regla general, incumbe tanto al demandante como al demandado probar los hechos que sustentan la acción y la excepción respectivamente, llamándole a esto, carga estática de la prueba (o incumbencia probatoria).

Por otro lado, la carga de la prueba en el proceso penal como lo indica (Caro Espitia, 2013) desarrolla el principio de presunción de inocencia y el in dubio pro reo, por lo tanto, es al ente acusador a quien le corresponde probar la culpabilidad del procesado y como consecuencia de lo anterior no podrá invertirse esta carga probatoria. (P.40).

En relación a la carga dinámica de la prueba, se entiende entonces que es una figura desarrollada principalmente en el derecho privado, cuya naturaleza la hace incompatible en nuestro sistema procesal penal, por lo tanto, la aplicación de esta figura tal y como se hace en el derecho privado rompería todo el esquema normativo y constitucional en relación a los derechos del procesado.

Se puede inferir de la existencia de un error conceptual cuando la Corte Suprema de Justicia menciona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, puesto que sus tesis se fundamentan en reprochar la actitud pasiva ejercida por la defensa al proponer hipótesis alternativas sin aportar pruebas que soporten su pretensión, sin esto implicar una vulneración al derecho de presunción de inocencia, in dubio pro reo ni mucho menos una inversión de la carga de la prueba.

Por último, si bien el problema jurídico, hasta el día de hoy es un error netamente conceptual, no se puede pasar por alto, pues afirmaciones que dan aval a la aplicación de la misma dentro del sistema procesal penal colombiano proferidas por esa alta Corte, pueden mutar, y convertirse ya no solo en un error teórico o conceptual, sino que también implicaría la ejecución material de la misma, trayendo como consecuencias una verdadera inversión de las cargas probatorias. Por lo tanto, la defensa dentro de un proceso penal, **debe prestar especial atención a sus obligaciones**, pues como se esclareció durante el desarrollo de este documento, no se pueden

avalar actitudes pasivas de la defensa (aun cuando la ley lo permite) cuando el ente acusador tiene una teoría del caso plenamente fundada, puesto que ello implicaría una situación totalmente gravosa para el procesado, y esto, de alguna forma, sería el inicio para que estos pronunciamientos equívocos, sean dejados a un lado.

Bibliografía

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). La Declaración Universal de Derechos Humanos. Paris, Francia. Obtenido de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, Estados Unidos. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Bedoya, S. L. (2008). *La Prueba en el Proceso Penal Colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>
- Betancourt, R. S. (2010). La Carga Dinamica Probatoria y su Repercusión en el Proceso Penal Desde las Reglas de Mallorca y la Teoria del Garantismo Penal. *Ratio Juris*, 5(11), 25-44. doi:<https://doi.org/10.24142/raju.v5n11a1>
- Boek, D. P. (2012). La Teoría de la Carga Dínamica de la Prueba en Materia Penal: Analisis Jurisprudencial. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 38(38), 259-300. Obtenido de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/46/pdf>
- Bustamante, R. M. (2010). El Estandar de Prueba de la Duda Razonable y la Presunción de Inocencia. En J. Ferrer Beltrán, J. Picó I Junoy, D. Ramírez Carvajal, L. B. Ruiz Jaramillo, P. Calmon, X. Lluch, . . . C. B. Medina Torres, & L. D. Escobar (Ed.), *La Prueba y la Decisión Judicial* (Primera ed., págs. 185-217). Medellín, Colombia: Sello Editorial-Universidad de Medellín.
- Caro Espitia, N. R. (2013). La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano. *Verba Iuris*, 31-42.
- Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Ley 600. Bogotá, Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html
- Congreso de la República. (31 de Agosto de 2004). Ley 906. Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Congreso de la Republica. (12 de julio de 2012). Ley 1564. Bogotá, Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Consejo Nacional Legislativo . (15 de Abril de 1887). Ley 57. *Código Civil*, 37. Colombia: Legis.
- Constitución Política de Colombia. (20 de Julio de 1991). Colombia: Leyer.

- Corte Penal Internacional. (17 de Julio de 1998). Estatuto de Roma. Roma, Italia. Obtenido de [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Devis, E. H. (2000). *Compendio de la Prueba Judicial*. Rubinzal-Culzoni.
- Forero, H. C. (2016). La carga de la prueba en el delito previo frente al delito de enriquecimiento de particulares. *Dos mil tres mil*, 4(18), 89-109. Obtenido de <https://revistas.unibague.edu.co/index.php/dosmiltresmil/article/view/39>
- García, R. L. (11 de Junio de 2016). *Repositorio Institucional UMNG*. doi:<http://hdl.handle.net/10654/15280>
- Giacomette, F. A. (2009). *Introducción a la Teoría General de la Prueba* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Señal Editora.
- Montoya, V. S. (1 de 06 de 2020). Una Perspectiva Teórica de la Dinamización de la Carga de la Prueba en el Proceso Penal Colombiano. Cucuta, Colombia: Universidad Libre. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10901/18556>
- Mora, C. M., & Ortiz, M. M. (2014). Aplicación del Concepto de Carga Dinámica de la Prueba en Materia Penal Dentro de un Sistema Acusatorio. (R. I.-U. Medellín, Recopilador) Pasto, Colombia: Fundación Universitaria Católica del Norte. doi:<http://hdl.handle.net/11407/127>
- Müller, R. K. (2014). La carga de la prueba en el proceso penal acusatorio en Colombia: Disyuntiva de aplicación en la jurisprudencia de las altas cortes. *Revista de Derecho Público ISSN 1909-7778*(32), 1-25. doi: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.32.2014.03>
- Organización de los Estados Americanos. (22 de Noviembre de 1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Peña, A. J. (2008). *Prueba Judicial Analisis y Valoracion*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a6/13.pdf>
- Quijano, J. P. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: ABC.
- Sentencia 31103, 31103 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 27 de marzo de 2009).
- Sentencia 31147, 31147 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 13 de mayo de 2009).
- Sentencia 35159, 35159 (Corte Suprema de justicia Sala de Casación Penal 31 de octubre de 2012). doi:190.217.24.13:8080/WebRelatoria/Temp/reporte-20200913-6634.html

Sentencia 37279, 37279 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 25 de abril de 2012).

Sentencia 39291, 392991 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 18 de diciembre de 2013).

Sentencia 39419, SP12772-2015 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 8 de septiembre de 2015).

Sentencia 39876, 39876 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 24 de abril de 2013).

Sentencia 39895, 39895 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 31 de julio de 2014).

Sentencia 39991, 39991 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 8 de octubre de 2015).

Sentencia 40120, 40120 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 18 de Enero de 2017).

Sentencia 40634, 40634 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 31 de julio de 2013).

Sentencia 42516, 42516 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 2 de abril de 2014).

Sentencia 43388, 43388 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 26 de mayo de 2014).

Sentencia 45310, 45310 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 25 de marzo de 2015).

Sentencia 45699, 45699 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 5 de agosto de 2015).

Sentencia 46673, SP17909-2017 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 1 de Noviembre de 2017).

Sentencia 46738, 46738 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 21 de octubre de 2015).

Sentencia 46965, AP2649-2017 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 26 de Abril de 2017).

Sentencia 47802, 47802 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 25 de mayo de 2016).

Sentencia 48741, AP7991-2017 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 29 de Noviembre de 2017).

Sentencia 48745, SP12849-2017 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 23 de Agosto de 2017).

Sentencia 49280, AP2313 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 5 de Abril de 2017).

Sentencia 49622, 49622 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 22 de Febrero de 2017).

Sentencia 49906, 49906 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 6 de Mayo de 2020).

Sentencia 49994, AP4159-2017 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 28 de Junio de 2017).

Sentencia 52287, AP2162-2018 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 30 de Mayo de 2018).

Vargas Beal, X. (2012). *¿Cómo hacer investigación cualitativa?* Guadalajara, Mexico: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.

Vargas, A. L. (2009). Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos. *Activismo y Garantismo Procesal*. Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Obtenido de <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>