



**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**

**LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL Y LA
RELATIVIZACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

AUTOR

LUZ MARINA GARCIA ROBLES

TUTOR

OSCAR AGUDELO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

**ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL, CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA
MILITAR**

2016

La carga dinámica de la prueba en el proceso penal y la relativización de la presunción de inocencia.

Resumen

Pretende el presente artículo cuestionarse si la introducción por parte de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal, indistintamente del tipo de juzgamiento (mixto o acusatorio), relativiza la carga el *onus probandi* de la Fiscalía con la consecuente afectación de la presunción de inocencia.

Palabras claves: carga de la prueba, dinámica de la prueba, presunción de inocencia, jurisprudencia proceso penal.

Abstract

Intends this article questioned whether the introduction by the jurisprudence of the Criminal Chamber of the Supreme Court of dynamic burden of proof in criminal proceedings, regardless of the type of trial (mixed or accusatory), relativized load the burden of proof of the Prosecutor with the consequent impairment of the presumption of innocence.

Keywords: burden of proof, dynamic test, presumption of innocence, jurisprudence criminal proceedings.

I. Introducción

Hace parte de los principios y garantías rectoras del proceso penal actual, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*; por virtud del primero se le exige al Estado no sólo considerar sino también tratar inocente al ciudadano investigado y/o acusado de cometer un delito hasta tanto no exista una sentencia en firme que confirme la responsabilidad penal, para ello, se le impone al ente fiscal, representante del Estado en materia de investigación criminal, aportar la prueba que demuestre tanto el hecho típico como la culpabilidad de quien es señalado de cometerlo; se trata ni más ni menos, de atribuir al aparato estatal todo el peso de la prueba como apotegma que le da valor y vigencia al principio universal de la presunción de inocencia.

Del introito que se ha hecho surge la necesidad de saber en qué medida la relativización de la carga de la prueba, o mejor aun, la recurrencia por parte de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a la teoría de la carga dinámica de la prueba, indistintamente del tipo de delito que se juzgue, comporta un quebrantamiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia; es decir, en concreto, se indaga acerca de si la carga dinámica de la prueba en el proceso penal reduce el *onus probando* estatal con la correlativa relativización del principio de presunción de inocencia. La respuesta que se ofrece al interrogante es afirmativa.

Para darle respuesta al interrogante planteado y afirmar la afectación del principio de presunción de inocencia por la introducción en el proceso penal de la carga dinámica de la prueba, en primer lugar, habremos de ocuparnos del concepto de esta garantía y derecho fundamental; luego, desarrollaremos el concepto de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba; enseguida, se abordará el desarrollo jurisprudencial, y finalmente, expondremos nuestro punto de vista en torno a la inconveniencia de introducir en el proceso penal la carga dinámica de la prueba. Este artículo, no sobra referirlo, es teórico crítico en tanto no se queda sólo en el desarrollo doctrinario sino que a la vez plantea una fuerte crítica a la postura de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

1. La presunción de inocencia: derecho fundamental y garantía rectora del proceso penal.

No hay que desconocer que con la expedición de la Constitución Política de 1991 la presunción de inocencia no sólo fue positivizada sino que adquirió la categoría de derecho fundamental y principio del debido proceso. Antes de la nueva Carta Política, el citado derecho no se encontraba establecido ni siquiera en la Constitución Nacional de 1886, y en las normas de procedimiento penal, sólo vino a ser previsto como norma rectora en el artículo 3º del Decreto 2700 de 1991, al establecerse que:

En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

Así pues, contrario a lo previsto en el artículo 7° de la ley 906 de 2004 en donde no sólo se establece el principio de presunción de inocencia sino que a la par se dispone en cabeza del Estado la carga de la prueba sobre la responsabilidad de la persona, en el artículo 3° del citado Decreto, este peso no fue expresamente consagrado. Situación similar acontece en la ley 600 de 2000, pues aquí, nuevamente el legislador reprodujo la disposición tal y como se encontraba consagrada en el Decreto 2700, empero adicionó el principio del *in du bio pro reo*.

Interesa pues, resaltar que la presunción de inocencia se erige dentro del proceso penal en norma rectora, pues representa un blindaje para quien es investigado y acusado por la Fiscalía General de la Nación, consistente en presumir su inocencia desde el inicio de la investigación y hasta tanto no exista una sentencia en firme. A nuestro juicio, la garantía judicial y derecho fundamental referido, pierde vigencia cuando un juez imparcial, basado en las pruebas legalmente allegadas por la Fiscalía, y garantizando el debido proceso, declara culpable al acusado, y esta declaratoria de culpabilidad queda ejecutoriada, es decir, no es objeto de recurso alguno en tanto ya se han agotado todos los que establece el ordenamiento procesal penal.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. (Sentencia C-289 del 18/04/2012).

Conforme al concepto jurisprudencial referido, la presunción de inocencia es por virtud del artículo 29 superior un derecho fundamental y en esa medida puede ser objeto de protección a través de mecanismos especiales como la acción de tutela. Así mismo, se integra como garantía judicial del debido proceso, dado que, plantea de principio a fin, una presunción que debe ser derruida por el Estado, es decir, la persona investigada debe ser considerada y tratada como inocente hasta tanto no exista una decisión jurisdiccional en firme que declare su responsabilidad penal. Esta decisión, es el resultado de un debido ejercicio de la acción acusatoria de la Fiscalía en la que soporta el peso de probar el cargo por el cual ha llamado a juicio a la persona.

De acuerdo con el numeral 2º del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, integrada a la Carta Política a través del bloque de constitucionalidad, “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, esta premisa se encuentra clasificada dentro del tratado como una garantía judicial y así lo ha comprendido la jurisprudencia constitucional local al afirmar:

La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito “hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad. (Sentencia C-289 del 18/04/2012. Se destaca).

En la misma dirección se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar en el caso *Ricardo Canese vs Paraguay* que la presunción de inocencia no sólo representa la materialización del derecho de defensa, sino que, al acompañar en todo momento al acusado, impone al Estado la obligación de demostrar que la persona es culpable del delito por el que se le acusa, esto es, la carga de la prueba se radica única y exclusivamente en cabeza del órgano estatal encargado de la investigación criminal.

La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este

*derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa*¹.

Resumiendo lo dicho, creemos que la presunción de inocencia debe ser comprendida en tres dimensiones, la primera, lo ubica como derecho fundamental pues hace parte esencial del debido proceso catalogado igualmente fundamental en la Carta Política; la segunda dimensión, exige, considerarla como garantía judicial pues asegura a la persona un tratamiento acorde con su dignidad humana al eximirla de la carga de demostrar su inocencia; y como tercera dimensión, puede afirmarse que la presunción de inocencia comporta una “regla básica sobre la carga de la prueba”², conforme a la cual, el Estado tiene la obligación de probar que la responsabilidad penal de la persona acusada de cometer un delito - *onus probandi incumbit actori*.-

2. La carga de la prueba y la Carga dinámica de la prueba.

2.1 Carga de la prueba: consideraciones generales.

En el proceso penal al igual que en el proceso civil, y otros más, siempre se alude al *onus probandi* para identificar el peso de la prueba que una de las partes debe soportar y por el cual debe responder si lo que persigue es la prosperidad de sus pretensiones. El pre aludido peso, recibe un tratamiento diferente

¹ CIDH. Caso Ricardo *Canese vs Paraguay*, sentencia 31 de agosto de 2004, párr. 154.

² Sentencia C- 289 del 18 de abril de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

dependiendo del tipo de proceso; a título de ejemplo, en materia penal, el artículo 7° de la ley 906 de 2004 impone al órgano persecutor la obligación de presentar la prueba de cargo, es decir, el Estado representado en la Fiscalía es quien debe aportar prueba legalmente obtenida que demuestre la responsabilidad penal de la persona que ha sido llamada a juicio oral.

Contrario sensu, en el proceso civil al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 de la ley 1564 de 2012 –o código general del proceso- “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.” Obsérvese entonces que, en el proceso civil demandante y demandado están obligados, o mejor, soportan el peso de probar el hecho del cual esperan el reconocimiento del efecto jurídico que la norma consagra. En el proceso penal, en cambio, la carga recae exclusivamente sobre el Estado.

En el proceso civil, como se ve, el *onus probandi* se distribuye entre las partes y cada una, por su lado y conforme a sus pretensiones, prueba el hecho frente al cual aspira el reconocimiento del efecto que consagra la norma. El profesor Rocha Alvira refiriéndose a la carga de la prueba distingue tres reglas: la primera, exige al demandante probar los hechos que sustentan su demanda –*onus probando incumbit actori*-; la segunda, impone al demandado probar los hechos en los que fundamenta su defensa –*reus, in excipiendo, fit actor*-; y finalmente, la tercera, establece que el demandado sea absuelto cuando el actor no haya podido demostrar los hechos en los que fundamentó la demanda –*actore non probante, reus absolvitur*-. (Rocha, 2013:77).

La carga de la prueba, de acuerdo con la doctrina, representa una *regla de juicio* y una *conducta de la partes* (Devis, 2012); en cuanto a lo primero, el juez, luego de agotado el debate probatorio y ante la insuficiencia demostrativa de la prueba debe decir de fondo el asunto, es decir, no puede conforme a la regla que se comenta inhibirse para resolver definitivamente el caso, pues, en materia penal la duda que supere el umbral de lo razonable debe resolverse a favor del acusado como así lo prevé el inciso 2º del artículo 7º de la ley 906 de 2004.

La carga de la prueba entonces se nos presenta como una regla de juicio que se aplica cuando la prueba es insuficiente, generándose duda e incertidumbre sobre ciertos hechos. De allí que pueda decirse que es una noción que goza de mayor importancia en el proceso dispositivo que en el proceso inquisitivo. (Pulecio, 2012: 44).

Recuérdese, además, que la formula “*más allá de toda duda razonable*”, prevista en el citado artículo, corresponde a un “estándar probatorio” (Parra, 2014: 715) que compromete al Estado a presentar pruebas que demuestren la responsabilidad penal de la persona acusada; obviamente, el acervo probatorio no puede generar incertidumbre en la conciencia del juez, pues de ser así, deberá aplicar la cláusula del *in dubio pro reo*.

Con respecto a la segunda noción, podría decirse que ella se sintetiza en la actividad que despliega la parte que tiene el deber y el interés de probar lo que le corresponde; es decir, traza el derrotero de cada parte en tanto la direcciona para que demuestre lo que asegura y por lo cual aspira obtener de parte del juez un

pronunciamiento favorable. Esta noción, dígase desde ya, tiene más aplicabilidad en los procesos civiles y contenciosos, pues en el proceso penal el Estado es quien soporta el peso de la prueba de los hechos y de la responsabilidad penal, mientras que el procesado aguarda porque la presunción de inocencia que lo acompaña sea debidamente derruida.

Recuérdese que, en el evento en que la prueba aducida contra el acusado sea deficiente o carezca de la fuerza persuasiva que le impida al juez de la causa formarse un juicio de culpabilidad más allá de toda duda razonable, inescindiblemente, el funcionario, para garantizar el derecho fundamental a la presunción de inocencia debe dar aplicación al *in dubio pro reo*, pues ambas garantías se encuentran estrechamente relacionadas, toda vez que, la inocencia se mantiene incólume si la duda emerge de manera irrazonable. En este evento, se aplica la *regla de juicio*, en tanto se asume como “una institución de índole funcional en el interior del proceso y, por ende, debe ser aplicada por el juzgador, cuando precluido el periodo probatorio, stricto sensu, no se cuenta con prueba suficiente o esclarecedora” (Jaramillo, 2011: 189).

Ahora bien, retomando la idea expuesta acerca de la *regla de conducta*, según la cual se le indica a la parte qué aspectos debe probar para no resultar afectada, puede sugerirse, al igual que lo hace Pulecio Boek, que la dichosa regla así comprendida y extrapolada al proceso penal, “se identifica en esencia con lo que se ha denominado por la Sala de Casación Penal, la teoría de la carga dinámica de la prueba” (2012: 48).

En efecto, como más adelante se verá, la jurisprudencia ha aceptado y últimamente, puede decirse, ha consolidado esta regla de conducta en el proceso penal al exigirle al procesado que demuestre todo cuanto le favorece, ya que, itera, al órgano persecutor conforme al diseño constitucional del nuevo proceso de juzgamiento criminal sólo le compete la carga de la prueba sobre la responsabilidad penal y no de aquellos aspectos que benefician al procesado.

Resumiendo, entonces, la carga de la prueba comporta dos reglas: la primera está dirigida al juez –regla de juicio- quien deberá aplicarla al momento de resolver de fondo el asunto cuando la prueba aportada no le genere confianza, carezca de valor suasorio y por consiguiente lo conduzca a un estado intolerable de incertidumbre, “esta regla de juicio le otorga al juez mayor discrecionalidad y elasticidad para decidir *en justicia* la trama litigiosa”(Trujillo, 2006: 26); la segunda regla, en cambio, está dirigida a las partes, quienes deberán probar aquello que les convenga, no obstante, en el proceso penal, originariamente, sólo el Estado está obligado a probar la acusación que hace, aunque, como más adelante se verá, esta regla ha sido relativizada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal al admitir en los juicios penales la tesis de la carga dinámica de la prueba.

2.2 Carga dinámica de la prueba.

En la física la dinámica hace referencia al estudio del movimiento con relación a la causa que lo produce, es decir, la dinámica, se asemeja al desplazamiento de un cuerpo de un lugar a otro; esta concepción, ha sido

extrapolada a los procesos civiles, contenciosos, y recientemente, al proceso penal. Veamos.

La teoría de la carga dinámica de la prueba sirve de fundamento para justificar el desplazamiento del *onus probandi*, es decir, constituye una antípoda a reglas fijas que se han encargado de distribuir la carga de la prueba a una sola de las partes, verbigracia, en el la ley 906 de 2004, la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal le corresponde a la Fiscalía General de la Nación. Para Trujillo “La carga de la dinámica de la prueba es una teoría particular del Derecho Procesal, que aspira a corregir el desequilibrio que se presenta en ocasiones por la aplicación de las reglas rígidas del *onus probando*.” (2006: 6)

Mírese, entonces, que la carga dinámica de la prueba se oferta como solución al problema que producen las reglas pétreas, es decir, aquellas que son inmodificables y han impuesto a una de las partes involucradas en la litis el peso de probar lo que alega; se trata, pues, de distribuir el peso de la prueba, para que cada uno por su lado y conforme a su interés y disponibilidad del medio pruebe lo que más le favorece, el *onus probandi*, según los lineamientos expuestos desancla el peso probatorio que le había sido impuesto a una sola de las partes para distribuirlo por igual entre los enfrentados. Al respecto escribe Jaramillo:

... queda pues en claro que en la carga de la prueba, por no estar anclada a una parte o extremo procesal en particular, salvo excepciones legales de carácter expreso y, por ende, por no estar congelada o por no permanecer inmóvil, pétrea o estática, debe ser objeto de racional y equilibrado reparto, siguiendo diversos criterios, aun cuando el fundamental, se anticipa, atenderá a la disponibilidad y a la facilidad probatoria, en cuyo caso se tendrá muy en

cuenta a qué parte le queda más simple y fácil arrimar la prueba al proceso, para lo cual se valorarán las condiciones de tiempo, modo y lugar. (2012: 54).

Betancourt Restrepo (2010) destaca como notas esenciales de la carga dinámica de la prueba, las siguientes: i) el desplazamiento del *onus probandi* se justifica en la medida en que una de las partes se encuentre en mejores condiciones para probar el supuesto de hecho respecto del cual persigue un efecto jurídico deseado; ii) la distribución del peso probatorio, además, es “fruto del principio de colaboración y solidaridad” (2010: 28); iii) la aplicación de esta regla es excepcional, es decir, sólo se presente en situaciones anormales; iii) este desplazamiento depende de cada caso en particular y de la valoración que haga el juez con respecto al comportamiento de las partes involucrada en el caso.³

Podría entonces, afirmarse que el reparto de las cargas probatorias permite que cada parte, dada la cercanía que tiene con la prueba, pueda aportarla y demostrar con ella aquello que más le conviene; hay pues, una democratización

³ Las notas distintivas expuestas, en su mayoría, se extraen de lo dispuesto en el artículo 167 de la ley 1564 de 2012, el cual, a la letra reza: “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.”

del peso de la prueba, en el que no sólo intervienen las partes sino también el juez encargado de resolver el asunto.

La tesis expuesta, sin duda, comporta una flexibilización del *onus probandi* producto de lo cual las partes se vuelven dinámicas para probar lo que les conviene, o como lo expresa magistralmente Urbano, la carga dinámica de la prueba “implica un reconocimiento de la desigualdad en que se hallan las partes respecto del hecho a probar y constituye una compensación a favor de la parte a la que le es más difícil acreditarlo” (2011:123).

Las reglas que se han expuesto no pueden tener aplicabilidad en el proceso penal, pues en este, el órgano persecutor sin excepción alguna es quien soporta **todo** el peso de la prueba, por ende, le corresponde, desvirtuar plenamente la presunción de inocencia del acusado a quien no se le puede exigir que despliegue una actividad probatoria que ponga a tambalear la acusación que hace la Fiscalía, no obstante, como enseguida se verá, la jurisprudencia penal ha introducido en el proceso penal con una convicción errada la tesis de la carga dinámica de la prueba.

3. La carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Como se ha explicado a la largo de este artículo, la carga de la prueba en materia penal corresponde exclusivamente al Estado; es la Fiscalía en su

condición de señora y dueña de la acción penal, la que debe aportar las pruebas que demuestren por encima del umbral de la duda razonable la responsabilidad del acusado, sin embargo, esta regla aunque pudiera tacharse de pétrea no lo es, o por lo menos, no para la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera mención indirecta que el alto tribunal hizo en torno a la carga dinámica de la prueba fue en la sentencia de casación 24.530 del 16 de marzo 2006, en esta, luego de subrayar la adversariedad como característica del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, el alto tribunal aseguró que a las partes “(les) corresponde la carga de la prueba de lo que aspiran a lograr del juez”, no obstante, la idea la lanzó contra la Fiscalía quien no había acreditado más allá de toda duda razonable los antecedentes penales del condenado, pues no hubo comprobación dactiloscópica con el certificado, duda que el juez no podía resolverla en contra del sentenciado y negar el subrogado penal.

Ahora bien, aunque sea cierto que la afirmación se hizo en un contexto que nada tenía que ver con la responsabilidad penal, también es indiscutible que la premisa compromete por igual a la Fiscalía y al procesado, esto por cuanto la Corte utilizó la alocución *partes* abriendo de esta manera paso para que se distribuyera el peso probatorio.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tímidamente al principio y luego de manera inequívoca y directa incorporó al proceso penal la teoría de la carga dinámica de la prueba; a título de ejemplo, en la sentencia 23.754 del 9 de

abril de 2008, abordó el caso de una mujer que pretendía introducir al país más de cien mil dólares camuflados en unos rollos de unas películas fotográficas sin hacer la respectiva declaración ante la DIAN. Así se pronunció la Corte:

*[...] 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.*

*[...] 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.

***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.** (Se destaca).*

Mírese que, si bien es cierto el alto tribunal no aludió directamente a la aplicación de la carga dinámica de la prueba, al recriminarle a la defensa la ausencia de prueba que acreditara el aserto esgrimido en torno al desconocimiento por parte de la acusada del origen ilícito de las divisas, ni más ni menos, estaba exigiendo que la defensa desplegara una actividad probatoria, es

decir, la Corte dio “una aplicación si se quiere “tácita”, de la teoría de la carga dinámica en materia penal. (Pulecio, 2012: 75).

Una consideración similar hizo la Sala Penal en la sentencia 31.147 del 13 de mayo de 2009, esta oportunidad, un ciudadano fue acusado del delito de omisión de agente retenedor por no haber consignado ante la DIAN los dineros recaudados por concepto de IVA; dijo la Corte ante las exculpaciones esgrimidas por el acusado y que no fueron demostradas, lo siguiente:

*...Por lo tanto, si 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.
(...)*

Pero, incluso si hubiese negado haber recibido algún dinero del declarado, era de su resorte ofrecer los medios probatorios necesarios para confirmar el aserto, no porque la carga de la prueba de responsabilidad se desplace en su contra, sino porque a la Fiscalía le resultaba imposible.

Sin hacer mención expresa a la carga dinámica de la prueba, lo cierto es que haberle imputado al procesado la responsabilidad de allegar las pruebas que demostraran sus exculpaciones por considerar que estas estaban a su alcance, la Corte nuevamente, dio aplicación a la referida tesis. Para el alto tribunal, la probanza de la exculpación comportaba una desacreditación de lo presentado por

la Fiscalía y en esa medida se justificaba el desplazamiento de la carga de la prueba.

Más explícita se hizo la aplicación de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal en casos regidos por la ley 906 de 2004; en efecto, en la sentencia 31.103 del 27 de marzo de 2009, la Corte reclamó del procesado la acreditación de la exculpación que esgrimió y que sirvió de fundamento para que el Tribunal Superior de Medellín lo absolviera por duda, a saber, que no era portador de la enfermedad venérea que le había sido descubierta a la víctima. En concreto dijo:

Entonces, si lo buscado por la defensa, dentro del rol que le asigna el principio adversarial, es controvertir el efecto demostrativo de las pruebas, bien puede criticar su naturaleza y efectos intrínsecos, o presentar pruebas de descargos que la controviertan. (Se destaca).

El alto tribunal amparado en la adversariedad del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, claramente, compromete a la defensa para que asuma un rol probatorio y demuestre aquello que le favorece, pues asume que ello hace parte de la teoría del caso y por ende su probanza no recae en la Fiscalía. Comentando la sentencia, Pulecio concluye que en este caso la Corte “se vio forzada a desarrollar por primera vez en la jurisprudencia, la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal, en un caso regido bajo la sistemática procesal acusatoria” (2012: 93).

La introducción de la teoría de la carga dinámica de la prueba al proceso penal acusatorio quedó manifiesta en la sentencia 33.660 del 25 de mayo de

2011; en esta oportunidad, la Sala Penal, sin ambages afirmó que la parte que alega una condición exculpante o favorable difícil de probar por la Fiscalía porque el elemento que lo acredita está más próximo a la defensa, es decir, está bajo su poder, la compromete para presentarlo y desvirtuar así la acusación probada por el ente fiscal. Adicionalmente, sostuvo que en la actual sistemática penal no rige el principio de investigación integral, por ende, corresponde al acusado desvirtuar lo probado por la Fiscalía mediante la presentación de las respectivas pruebas. Así se pronunció la Sala Penal:

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 los mismos en cabeza del sindicado, así como el conocimiento que debe expresar a la defensa acerca de la existencia de un medio de convicción favorable a sus intereses. De allí que la defensa adquiera el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación,

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.

...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. (Se destaca).

No cabe duda, de acuerdo con el pronunciamiento referido, que en la actualidad la Sala Penal definiendo desde su particular perspectiva ha extrapolado la carga dinámica de la prueba al proceso penal y bajo esa línea ha comprometido al acusado para que sí o si asuma una carga probatoria, cual es, demostrar las circunstancias que le favorezcan cuando ya la Fiscalía ha probado la acusación. Recientemente, esta posición fue ratificada por la Sala Penal en auto del 5 de agosto de 2015 dentro del radicado AP4436-2015, 45.699 Magistrado Ponente Èyder Patiño Cabrera.

4. Balance general.

i) Indistintamente del tipo de procedimiento criminal, la Sala Penal ha introducido al proceso penal la carga dinámica de la prueba con la consecuente relativización de la garantía judicial de la presunción de inocencia. Consideramos que la dinamicidad probatoria propia de los procesos civiles, laborales y

contenciosos⁴ no tiene cabida en el proceso penal, aun cuando éste sea de corte adversarial acusatorio. Opinión distinta tiene Mercedes Fernández López cuando alude que “una vez que la acusación ha aportado pruebas de cargo, el acusado tiene la carga de practicar las pruebas relativas a los hechos que le sean favorables” (2005: 356).

ii) La jurisprudencia penal identifica erróneamente la carga de la dinámica de la prueba, pues, como quedó visto en la sentencia 33.660 del 25 de mayo de 2011, se evoca para que se demuestren por parte del acusado hechos favorable o exculpantes cuando la tesis tanto en el ordenamiento jurídico y la doctrina se “relaciona estricta y propiamente con la facilidad y disponibilidad probatoria” (Pulecio: 2012: 68). En el mismo sentido opina el profesor Parra Quijano cuando afirmar que la carga dinámica de la prueba, “invierte la carga de la prueba y la residencia no en cabeza de quien le favorece la prueba, sino en cabeza de quien le queda más fácil, por la inmediatez con el objeto, que no se le puede exigir al inculpado” (2011: 260-261).

iii) La errónea interpretación y consecuente aplicación en el proceso penal de la carga dinámica de la prueba “contradice políticamente la presunción de inocencia” (Parra, 2011: 260-261), pues no exigirse la aportación del elemento de prueba por la proximidad que el acusado tiene con él, sino porque este está dirigido a probar una condición favorable o excluyente de la responsabilidad, sin lugar a dudas, comporta una relativización del *onus probando* en cabeza de la

⁴ Para ampliar lo dicho, véase: Peña Ayazo, J. I. (2008). *Prueba judicial. Análisis y valoración*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

Fiscalía, dado que, las dudas que surjan en torno a esas especiales circunstancias en que ocurrieron los hechos y que aminoran o excluyen la responsabilidad, deben ser absueltas por el acusado y no por el ente investigador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Betancourt Restrepo, S. (2010). *La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorga y la teoría del garantismo penal*. Revista Ratio Juris Vol. 5 N° 11. pp. 25-44.
- Devis Echandia, H. (2012). *Teoría general de la prueba judicial*. T. I. 6ª edición. Bogotá: Temis y Pontificia Universidad Javeriana.
- Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Ed. Iustel.
- Jaramillo J. C. I. (2011). *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Colección de Ensayos No. 11. Bogotá: Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez.
- Parra Quijano, J. (2014). *El estándar probatorio. Más allá de duda razonable*. En: XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre. pp. 707-721.
- (2011). *Manual de derecho probatorio*. 18ª edición. Bogotá: Ediciones el Profesional.
- Peña Ayazo, J. I. (2008). *Prueba judicial. Análisis y valoración*. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

Pulecio Boek, D. (2012). *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Bogotá: Ibañez y Universidad Javeriana.

Rocha Alvira, A. (2013). *De la prueba en derecho*. Alfonso Clavijo González (revisor). Bogotá: Ibañez.

Trujillo Cabrera, J. (2006). *La carga dinámica de la prueba*. Bogotá: Leyer.

Urbano Martínez, J.J. (2011). *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio*. 2ª edición. Bogotá: Nueva Jurídica.

Jurisprudencia.

CIDH. Caso Ricardo *Canese vs Paraguay*, sentencia 31 de agosto de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C- 289 del 18 de abril de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia SP. Radicado. 24.530 del 16 de marzo 2006.

Corte Suprema de Justicia SP. Radicado. 23.754 del 9 de abril de 2008.

Corte Suprema de Justicia SP. Radicado. 31.147 del 13 de mayo de 2009.

Corte Suprema de Justicia SP. Radicado. 31.103 del 27 de marzo de 2009

Corte Suprema de Justicia SP. Radicado 33.660 del 25 de mayo de 2011.

Corte Suprema de Justicia SP. Auto del 5 de agosto de 2015, Radicado AP4436-2015, 45.69

