

LA CARGA DE LA PRUEBA FRENTE AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ESTADO COLOMBIANO*

The burden of proof against the principle of presumption of innocence in the colombian state

*Néstor Raúl Caro Espitia***

RESUMEN

En materia probatoria, el Derecho privado se diferencia del Derecho penal porque en el primero corresponde a las partes la carga de la prueba, mientras que en el segundo es al órgano de investigación al que le corresponde demostrar los hechos en que fundamenta su acusación, para desvirtuar la presunción de inocencia, “sin que en ningún caso se pueda invertir esa carga probatoria”. No obstante, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han venido aplicando la teoría de las cargas dinámicas probatorias, propia del Derecho privado, lo cual genera no solo la inversión de la carga de la prueba sino la crisis del principio de la presunción de inocencia.

Palabras clave: Carga procesal, carga de la prueba, carga dinámica probatoria, presunción de inocencia.

ABSTRACT

In Evidentiary matters, private law differs from criminal law, because in the former, it the burden of proof is up to the parties, while in the second one, is the investigative body whom corresponds to demonstrate the facts supporting his accusation, to rebut the presumption of innocence, “but in any case the burden of proof can’t be reversed”. However, the Criminal Chamber of the Supreme Court and the

Fecha de recepción: 5 de abril de 2013

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2013

* Producción académica resultado del proyecto de investigación “Nueva Dinámica Probatoria de la Ley Procesal Penal”. Línea de investigación: Derechos humanos, Sub-línea de investigación: Estudios Internacionales de la Universidad Libre. Período de ejecución del proyecto: 2013-2015.

** Abogado, doctorando en Derecho, Universidad Libre. Profesor de Derecho Probatorio, de la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Ibagué. Coordinador de la Especialización de Derecho Procesal Penal de la misma Universidad; magíster en Derecho Penal y Criminología; especialista en Derecho Probatorio, Derecho Penal y Ciencias Forenses y Derecho Procesal Penal. nestorr.caroe@unilibrebog.edu.co

Constitutional Court, have been applying the theory of dynamic evidence loads, belonging to private law, generating not only reversal of the burden of proof, but the crisis of the principle of innocence.

Key words: procedural burden, burden of proof, dynamic burden of proof, presumption of innocence.

INTRODUCCIÓN

¿La aplicación de las cargas dinámicas probatorias en materia penal vulnera el principio de la presunción de inocencia?

Este problema surge de la doctrina impuesta por las altas Cortes (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional) colombianas en torno a la aplicación de la figura las cargas dinámicas probatorias en materia penal, en contravía de la legislación penal y los compromisos de orden internacional, en torno a la presunción de inocencia.

Para desarrollar el problema se tomarán los conceptos doctrinarios de carga procesal, carga de la prueba y la consagración legal de los mismos, para luego enfrentarlos al concepto de la presunción de inocencia y la doctrina de las altas cortes en torno a su aplicación para llegar, a través de la inducción y deducción, a la conclusión: la crisis del principio de la presunción de inocencia.

Mediante la observación se evidenciará el alejamiento de los postulados normativos y doctrinarios en materia de carga de la prueba a nivel penal por parte de las altas Cortes; razón por la cual esa realidad se sometió al análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, para sustraer las razones de fondo frente al concepto de la presunción de inocencia; hecho lo anterior, se confirmó el problema planteado; esto es, que la aplicación de las cargas dinámicas probatorias en material

penal generan la crisis de la noción del principio de presunción de inocencia.

Lo anterior significa que debemos replantear las estructuras clásicas del concepto, de cara a la protección de los derechos fundamentales y las garantías básicas del procesado, frente a la carga de la prueba y la presunción de inocencia.

1. CARGA PROCESAL

El diccionario de la Real Academia Española enseña que *carga*, en sentido jurídico, "... es la necesidad de realizar determinados actos para evitar que se produzcan perjuicios para la parte. Es la que incumbe a una parte en un proceso para poder dar por probados los hechos que alega..." (RAE, recuperado el 20 de marzo de 2013, de: <http://lema.rae.es/drae/?val=carga>)

Según Micheli (1982), el fenómeno de la carga procesal consiste en que "la Ley, en determinados casos, atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico, considerado favorable para dicho sujeto" (Micheli, 1982, p. 85).

Por su parte, la Corte Constitucional (2001) ha definido las cargas procesales como aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la

preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso. Y se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no (sic), tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa. (Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-203).

En ese sentido, afirma la Corporación¹ que las cargas procesales son un imperativo que emana de las normas procesales de Derecho público y con ocasión del proceso, solo para las partes y algunos terceros. Son del propio interés de quien las soporta, razón por la cual “no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá, para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja para el mismo (y no para el otro sujeto)” (Véscovi, 1984, p. 245). En otras palabras:

(...) el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente a una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan (Véscovi, 1984, p. 245).

Este primer acercamiento nos sugiere dos aspectos: el primero, relativo a la necesidad de realizar actos concretos para evitar perjuicios; el segundo, a la incumbencia de la parte para demostrar los hechos que le interesan, pues de no realizar los actos tendientes a demostrar los hechos que le incumbe, se expone a consecuencias jurídicas desfavorables.

¹ Hace referencia a la Corte Constitucional.

Entonces, ¿qué es la carga de la prueba y cómo está regulada legalmente?

Para absolver estos interrogantes, veamos el concepto de algunos tratadistas reconocidos en el Derecho procesal.

2. CARGA DE LA PRUEBA

Según el maestro Parra Quijano (2007), la carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le invita a las partes la autoresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. (Parra Quijano, 2007, p. 249).

Por su parte, Rocha Alvira (1990) indica que con esta expresión

Se quiere indicar la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos del juez los hechos en que basan sus afirmaciones de la demanda o de la defensa (1757 del Código Civil). Es el *onus probandi* de la terminología forense, pero la actividad se extiende también a las negaciones que forman parte del diálogo procesal. (Rocha Alvira, 1990, p. 61).

Para Echandía (2002), la carga de la prueba

Es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables. (Echandía, 2002, p. 405).

E. Couture refiere que “es una situación jurídica de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”. (Couture, 1978, p. 240).

Quevedo Mendoza (2000),² citando a Ponce, a Buzaid y a Falcon, sostiene que

La carga de la prueba se entiende como el imperativo que pesa sobre las partes de justificar los hechos materia del litigio a los efectos de obtener un pronunciamiento favorable [o como] la necesidad de probar para vencer [o en su defecto] la imposición de ser diligente a fin de evitar daños y perjuicios, [o como], el imperativo o el peso que tienen las partes de recolectar las fuentes de prueba y activarlas adecuadamente para que demuestren los hechos que les corresponda probar a través de los medios probatorios, [que] sirve al juez en los procesos dispositivo como elemento que forma su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o falsa. [En este sentido, afirma que la carga de la prueba] guarda íntima conexión con el principio dispositivo, [de suerte que] no se presenta en el proceso penal, tradicionalmente amparado en el principio inquisitivo. (Quevedo Mendoza, s/f, recuperado en marzo 15 de 2013, de: http://egacal.e-educativa.com/upload/AAV_EfrainQuevedo.pdf)

De los anteriores conceptos podemos inferir que la carga de la prueba es *una regla de conducta y una regla de juicio; la primera, porque le indica a las partes lo que les interesa demostrar; la segunda, porque le indica al juez cómo debe fallar.*

No obstante, nos preguntamos si esa regla de conducta es facultativa o imperativa para los sujetos procesales. Revisemos el contexto legal.

2.1 Consagración legal

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que un Estado parte podrá someter un caso a la Corte (artículo 61 de

la Convención),³ a través de un escrito motivado que deberá contener, entre otros aspectos, las pruebas que ofrece, con indicación de los hechos y argumentos sobre las cuales versan, el demandado por su parte, expondrá por escrito su posición sobre el caso junto con los argumentos y las pruebas que pretenda hacer valer. Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios. (Convención Interamericana de Derechos Humanos, 1969, recuperado el 2 de marzo de 2013, de: (<http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/16->)

- El Estatuto de Roma⁴ prevé la presunción de inocencia y dentro de los derechos del implicado (artículos 66⁵ y 67⁶), entre otros,

³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 16 de 1972, y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

⁴ El 17 de julio de 1998 marcó un hito en la lucha contra la impunidad de los crímenes atroces, cuando 120 Estados, incluido Colombia, suscribieron el Estatuto de Roma, por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional, que entró en funcionamiento el primero de julio de 2002, cuando 60 Estados ratificaron el Estatuto ante la Secretaría General de las Naciones Unidas. (http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/octubre/30/corte_penal.pdf)

⁵ (Presunción de inocencia) 1. “Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”.

⁶ Derechos del acusado. “1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones

² http://egacal.e-educativa.com/upload/AAV_Efrain-Quevedo.pdf

que no se invertirá la carga de la prueba, ni le será impuesta la carga de presentar contrapruebas.

Derecho procesal penal

- La Ley 600 de 2000 consagró⁷ que la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la Fiscalía, concediéndole al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio.⁸
- El Acto legislativo 03 de 2002, entre otros aspectos, modificó el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia en lo que tiene que ver con las funciones de la Fiscalía General de la Nación, el cual sentó las bases para la expedición de la Ley 906 de 2004 (Artículo 7º), la cual reiteró la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía, y añadió que “*en ningún caso se podía*

invertir esa carga,⁹ sustrayéndole al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio.¹⁰

- En materia procesal penal militar la Ley 522 de 1999 guardó silencio sobre el tema, pero la Ley 1407 de 2010 consagró en el artículo 178 que “... corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal...” Y que “en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.

Derecho procesal civil

- El Decreto 1400 de 1970 señaló en el artículo 177 que “incumbe a las partes probar el supuesto derecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen...”
- Por su parte, el Código General del Proceso,¹¹ contenido en la Ley 1564 de 2012 reiteró lo anterior, e introdujo la posibilidad al juez para distribuir la carga de la prueba, de oficio o a petición de parte, 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 desfavorable para aportar las eviden-

del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: (...) i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas. 2. Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá”.

⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 16 de 1972, y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

⁸ Esta normatividad aún mantiene su vigencia hasta la finalización de los procesos iniciados bajo esa ritualidad.

⁹ Lo cual fue confirmado por el artículo 125 ídem, donde dentro de las atribuciones especiales de la defensa está la de (8) “No ser obligado a presentar prueba de descargo o contra prueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral”.

¹⁰ Art. 361, Ley 906 de 2004, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-396-07 de 23 de mayo de 2007, magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ Que entrará a regir de manera definitiva el 1 enero de 2014, y en un plazo máximo de tres años, al final del cual entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país (art. 627).

cias o esclarecer los hechos controvertidos, precisó los eventos en que la parte se considera en mejor posición para probar un hecho,¹² y señaló que cuando el juez adopte esa decisión, será susceptible de recurso, y de las reglas de la contradicción (Artículo 167).

Derecho privado

- En materia de responsabilidad contractual el Código Civil colombiano en el artículo 1604 refiere que "... La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega..."; y en materia de obligaciones, artículo 1757, "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

Definida la carga de la prueba y efectuada la reseña legal, podemos inferir que no existe igualdad de cargas procesales probatorias en civil y en penal, incluido el militar.

Lo anterior, porque mientras en el Derecho privado es a las partes a quienes les incumbe probar el supuesto derecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, unido a la incorporación reciente de la doctrina de las "cargas dinámicas probatorias", para regular la desigualdad de las partes, cuando no se encuentren en situación de favorabilidad para aportar las evidencias, o esclarecer los hechos controvertidos; en el

¹² 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, en otras circunstancias similares.

Derecho penal, con el advenimiento de la Ley 906 de 2004 y la Ley 1407 de 2010, la carga de la prueba se convierte en un imperativo tanto para la Fiscalía como para el *órgano de persecución penal militar, sin que en ningún caso se pueda invertir esa carga, tal como lo establece el Estatuto de Roma.*

Lo anterior se explica de la siguiente manera: mientras que en el Derecho privado se discuten intereses particulares, en el Derecho penal la sociedad es la afectada, sin perder de vista que en virtud del principio de integración al Derecho procesal civil, se remiten los ordenamientos procesales penales cuando no exista norma expresa, siempre que no se opongan a la naturaleza del penal (Art. 23, Ley 600 de 2000; Art. 25, Ley 906 de 2000).

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

3. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El antecedente primario lo encontramos con Beccaria, quien reaccionó contra los abusos de la época y demandó que "un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida" (Beccaria, 1974, p. 119).

Consecuente con lo anterior, la presunción de inocencia es una garantía consagrada en la Declaración Universal de los Derechos

Humanos de 1789¹³ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁴ entre otros instrumentos, según la cual, “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 un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa”.

A nivel nacional la encontramos consagrada como derecho fundamental en nuestra Carta Política al señalar que

(...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho... (Constitución Política, artículo 29).

A nivel legal, lo encontramos en el Art. 7° de la Ley 600 de 2000¹⁵ y en el 7° de la Ley 906 de 2004¹⁶ que consagran la *presunción de*

inocencia y el *in dubio pro reo* como norma rectora, pero como se anticipó, esta última norma añadió que “en ningún caso se puede invertir esa carga probatoria”, lo cual es de trascendencia para nuestro objeto de estudio porque se constituye en un imperativo, prescripción normativa que fue reiterada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

3.1 La crisis del principio de presunción de inocencia

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

decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

¹³ Artículo 11, *Garantías judiciales* [...] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]

¹⁴ Artículo 8, “El derecho a la presunción de inocencia debe estar presente en todas las fases del proceso penal y en todas las instancias del mismo”.

¹⁵ Artículo 7o. Presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado. Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en firme tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales.

¹⁶ Artículo 7o. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme

En este sentido, ese principio rector, fuente de inspiración filosófica y fundamento de interpretación normativa, razón de ser de la democracia y del Estado Social de Derecho, fruto de la evolución de la humanidad, en contra de la barbarie que enluta la historia, se encuentra en crisis, y constituye lo que en nuestro sentir es la antítesis de la fórmula, pero en versión moderna.¹⁷

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

3.1.1 Desarrollo de las premisas

3.1.1.1 Toda persona se presume responsable y será tratada como tal, mientras quede en firme la decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal

Cuando se abre una investigación, así sea en preliminares, de manera inmediata surgen las inquietudes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el o los presuntos responsables pudieron cometer el hecho.

Se advierte que desde ese primer momento de la indagación y/o investigación, se puede contar con un indiciado o sospechoso conocido. En el primer evento, todas las hipótesis que se construyan para determinar su responsabilidad irán orientadas hacia la evaluación, para confirmarlas o no, excluirlas o

¹⁷ Porque sustituimos la tortura física por la tortura psicológica, frente al denominado eficientismo del Derecho procesal penal.

rechazarlas, y ponderarlas de mayor a menor, o viceversa, en la escala del conocimiento; por ende, se presumirá su responsabilidad mientras no exista prueba que demuestre lo contrario.

En el evento de no contar en ese momento con un indiciado o sospechoso conocido, la situación empeora porque todas las personas se presumirán responsables, y el ejercicio descrito en el párrafo anterior se hará, pero frente a todas las personas mientras se realiza el proceso de depuración.

Como consecuencia de lo anterior, el trato de la persona será también discriminador, diferenciador, segregacionista, en el proceso de valuación de la hipótesis, tratamiento que se mantiene desde y hasta que termine el proceso, mediante decisión judicial en firme, lo cual ya viene siendo avalado de tiempo atrás por la Corte Constitucional.¹⁸

3.1.1.2 La carga de la prueba acerca de la ausencia de responsabilidad penal le corresponde al enjuiciado

Es consecuencia del anterior y surge del conocimiento directo o indirecto de la indagación, porque tan pronto como el indiciado es enterado del hecho, es a él a quien le “incumbe... probar el supuesto derecho de

¹⁸ En la Sentencia C-774-0116 de 25 de julio de 2001, magistrado ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, el numeral cuarto del Fallo dice: “ESTARSE A LO RESUELTO en las sentencias C-15017 de 1993, C-32718 de 1997 y C-42519 de 1997, en relación con la coexistencia de la detención preventiva con la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal, e igualmente en lo referente a la procedencia específica de las causales 1, 2, 3 y 7 del artículo 39720 del Decreto 2700 de 1991 o Código de Procedimiento Penal, cuando se pronunció sobre la exequibilidad del art. 7° de la Ley 600 de 2000.

las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen...”, porque de no demostrar los hechos que alega mediante la realización de actos concretos, se expone a consecuencias jurídicas desfavorables.

Nos preguntamos entonces si el concepto de carga de la prueba, del Derecho privado, se aplica en el penal. Y la respuesta que surge va en doble vía:

RESPUESTA NEGATIVA: si nos remitimos al contexto normativo, se advierte que las reglas de la carga de la prueba en el Derecho privado son diferentes a las del Derecho penal, porque en el primero, a las partes les corresponde probar los supuestos, mientras que en el segundo, por expresa disposición, es al órgano de persecución a quien le compete demostrar, sin que se pueda invertir esa carga.

RESPUESTA AFIRMATIVA: en el evento contrario, encontramos una tensión entre el Derecho privado y el Derecho penal, áreas que como vimos están tradicionalmente delimitadas por los intereses que persiguen, pero que al parecer, en este punto se encuentran. Consecuente con lo anterior, para evitar que se produzcan perjuicios a la parte investigada, en el seno del proceso, debe probar el supuesto de derecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. En este sentido, la carga de la prueba acerca de la ausencia de responsabilidad penal le corresponde al enjuiciado.

3.1.1.3 No toda duda se resolverá a su favor

El profesor Pulecio Boek¹⁹ en su obra *Teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal* analizó un promedio de 50

¹⁹ Análisis jurisprudencial. Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

jurisprudencias de la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,²⁰ luego de lo cual concluyó que desde antes del Acto Legislativo 03 de 2002, y hasta nuestros días, las altas Cortes han venido aplicando la mencionada teoría para determinados delitos (enriquecimiento ilícito, lavado de activos y omisión de agente retenedor), ante la ineficiencia de los organismos de investigación del Estado.²¹

En otras palabras, frente a los ilícitos mencionados, si el encartado no desvirtúa de manera activa la procedencia del incremento patrimonial, se invierte la presunción de inocencia y, por ende, se asume su responsabilidad, y la duda se resuelve en su contra.

La Sala Penal de la Corte ha sostenido que:

No cabe duda que en un sistema democrático de derecho como el que nos rige, la carga de la prueba, en tratándose del proceso penal, corresponde al Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación [pero], ello no significa, empero, que toda la actividad probatoria deba ser adelantada

²⁰ Desde el año 1993 al año 2011.

²¹ Pulecio Boek analiza las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia – Sala de Casación Penal: sentencias 5007 del 21 de noviembre de 1990; auto 10467 del 14 de junio de 1996; sentencia 14536 del 2 de abril de 2001; sentencia 21044 del 19 de enero de 2005; sentencia del 21023 del 19 de enero de 2006; sentencia del 22179 del 9 de marzo de 2006; sentencia 21161 del 23 de marzo de 2006; sentencia 224468 del 30 de marzo de 2006; sentencia 26827 del 11 de junio de 2007; sentencia 23906 del 29 de agosto de 2007; sentencia 23174 del 28 de noviembre de 2007; sentencia 23754 del 9 de abril de 2008; sentencia 28813 del 4 de diciembre de 2008; sentencia 31103 del 27 de marzo de 2009; sentencia 31147 del 6 de octubre de 2010; sentencia 33022 del 20 de octubre de 2010; sentencia 34145 del 13 de abril de 2011; sentencia 33660 del 25 mayo de 2011; sentencia 35978 del 17 de agosto de 2011; sentencia 36357 del 26 de octubre de 2011.

por la Fiscalía [...] A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica de la prueba” que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca. Porque, si [...] el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 31103, magistrado ponente, Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, Aprobado Acta No. 94. Bogotá, D.C., 27 de marzo de 2009).

En este sentido, si el encartado no despliega una actividad probatoria eficaz en orden a contrarrestar el ataque del órgano investigador, *no toda duda se resolverá a su favor*, y sufrirá las consecuencias de su conducta.

CONCLUSIONES

- Del análisis efectuado, se concluye que la *carga procesal* se refiere a “la necesidad de realizar determinados actos para evitar que se produzcan perjuicios para la parte”, concepto aceptado por la doctrina y la jurisprudencia; por ende, la carga de la prueba, como una de las tantas cargas, hace relación a la incumbencia de la parte para probar los hechos que alega, constituyéndose en una regla de conducta para las partes y una regla de juicio para el juez en el momento de decidir.
- No existe igualdad de cargas procesales probatorias en civil y en penal, incluido el

militar, porque mientras que en el Derecho privado se discuten intereses particulares, en el Derecho penal la sociedad es la afectada.

- El tema las “cargas procesales”, y concretamente, el de “la carga de la prueba” en materia penal se relaciona de manera directa con el principio de la “presunción de inocencia” (Art. 7° de la Ley 906-2004), el cual es desarrollado por el órgano de persecución, sin que en ningún caso se pueda invertir esa carga.
- Pese a que el concepto de carga de la prueba en materia penal fue elevado a la categoría de principio, la tendencia moderna del Derecho privado se orienta hacia la dinamización de la misma, dándole al juez la facultad para distribuir la carga hacia la parte que esté en una situación más desfavorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.
- El Derecho penal no se escapa, pues si bien es cierto que de manera teórica está consagrada la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía, no en pocos casos encontramos que el encartado es quien tiene que demostrar la ajenuidad de su conducta en los hechos endilgados, desde antes de la existencia de la Ley 906 de 2004, para evitar consecuencias jurídicas desfavorables, lo cual genera la crisis del principio de presunción de inocencia y, por tanto, cobra fuerza la antítesis del enunciado.

REFERENCIAS

Doctrina

Beccaria, C. (1974). *De los Delitos y de las Penas*. 2ª. ed. Europa-América, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.

Boek, P. D. (2012). *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal. Análisis jurisprudencial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Buzaid, A. (1989). *La carga de la prueba*. trad. Luis Loreto. Caracas: Corsi & Govea Editores CA.

Couture, E. (1978). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3a. ed. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Editorial Temis.

Devis Echandía, H. (1966). *Nociones generales del derecho procesal civil*. Madrid: Ediciones Juan Bravo Aguilar.

Falcon, E. M. (2003). *Tratado de la prueba*. T1. Buenos Aires: Ediciones Astrea.

Micheli, G. A. (1982). *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Mundo Editores.

Parra, Q. J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. 16ª. ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Limitada.

Ponce, C. R. (2000). Reflexiones sobre el moderno concepto de la carga probatoria. *Revista de Derecho Procesal y Práctica Forense*, 1, pp. 19-33.

Rocha, A. (1990). *De la prueba en Derecho*. Clásicos jurídicos colombianos. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.

Véscovi, E. (1984). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Sentencias de constitucionalidad: C-150 de 1993; C-327 de 1997; C-425 de 1997; C-203-2001; C-774-01.

Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACIÓN CIVIL: M.P. Horacio Montoya Gil, auto del 17 de septiembre de 1985, que resolvió una reposición. *Gaceta Judicial*, Tomo CLXXX – No. 2419, 1985, p. 427.

SALA DE CASACIÓN PENAL: Sentencias 5007 del 21 de noviembre de 1990; auto 10467 del 14 de junio de 1996; sentencia 14536 del 2 de abril de 2001; sentencia 21044 del 19 de enero de 2005; sentencia 21023 del 19 de enero de 2006; sentencia 22179 del 9 de marzo de 2006; sentencia 21161 del 23 de marzo de 2006; sentencia 224468 del 30 de marzo de 2006; sentencia 26827 del 11 de junio de 2007; sentencia 23906 del 29 de agosto de 2007; sentencia 23174 del 28 de noviembre de 2007; sentencia 23754 del 9 de abril de 2008; sentencia 28813 del 4 de diciembre 2008; sentencia 31103 del 27 de marzo de 2009; sentencia 31147 del 34549 del 6 de octubre de 2010; sentencia 33022 del 20 de octubre de 2010; sentencia 34145 del 13 de abril de 2011; sentencia 33660 del 25 mayo de 2011; sentencia 35978 del 17 de agosto de 2011; sentencia 36357 del 26 de octubre de 2011.

Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Legislación

Estatuto Corte Penal Internacional

Estatuto Corte Interamericana de Derechos Humanos

Constitución Política de Colombia

Decreto 1400 de 1970

Ley 16 de 1972

Decreto 2700 de 1991

Ley 522 de 1999

Ley 600 de 2000

Acto Legislativo 03 de 2002

Ley 906 de 2004

Ley 1407 de 2010

Ley 1564 de 2012

Código Civil

Webgrafía

<http://lema.rae.es/drae/?val=carga> (Real Academia Española).

http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV_EfrainQuevedo.pdf

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

<http://www.derechos.net/doc/tpi.html>

http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/16-1/2_El_estado_colombiano_frente_al_sistema_interamericano.pdf

http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/octubre/30/corte_penal.pdf

<http://lema.rae.es/drae/?val=carga> (Real Academia Española)