

LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL¹

Dr. DANIEL PULECIO BOEK

Resumen

El presente artículo busca reconstruir la línea jurisprudencial sobre la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal, así como evidenciar la existencia de una aplicación tácita de dicho modelo de pensamiento en varios precedentes. Adicionalmente se pretende encontrar el origen de dicha teoría en nuestra historia judicial.

Palabras clave: *Carga de la prueba, teoría de la carga dinámica de la prueba, presunción de inocencia.*

Abstract

This article seeks to rebuild the line of rulings about the dynamic burden of proof theory in criminal matters, as well as to demonstrate the existence of a tacit application of this model of thinking in various other precedents. Additionally, it pretends to find the origin of this said theory in our judicial history.

Key words: *Burden of proof, dynamic burden of proof theory, presumption of innocence.*

Introducción

El Presidente de la compañía petrolera más grande del país recibe un correo electrónico de un ex empleado en el cual exige su reintegro como consecuencia de la información que suministra mediante ese correo, respecto de uno de los directivos de la compañía. Esa información se refiere

¹ Este artículo fue elaborado y preparado para la disertación presentada ante el ICDP durante el mes de marzo de 2012. Así mismo, una versión ampliada de este texto será publicada próximamente como libro por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana en su Colección Editorial de Monografías. En consecuencia, este artículo, por razones de espacio, aborda sin tanto detenimiento varios tópicos que son desarrollados con mayor rigor y detalle en el libro.

a actividades delictivas llevadas a cabo por el directivo dentro de la institución. En otras palabras, revela una serie de delitos presuntamente ejecutados por aquél, con el fin de lograr su reintegro. La información es toda falsa, lo cual configura la conducta punible de calumnia.

¿Qué estrategia defensiva plantea el procesado? Que alguien ingresó a su cuenta de correo y envió sin su consentimiento el mensaje delictivo, como consecuencia de lo cual, fue realmente víctima de una suplantación electrónica. No se ofrece ninguna evidencia para demostrar dicha teoría.

Una defensa, sin duda contundente desde el punto de vista formalista, pero absolutamente cuestionable bajo cualquier criterio de razonabilidad. ¿Cómo puede probar la Fiscalía que un ciudadano fue quien ingresó a una cuenta de correo y que fue él quien se postró en frente de un ordenador un día concreto para redactar y enviar un mensaje de datos delictivo? Sin duda la defensa podría argumentar formalmente que dada la presunción de inocencia que la ampara, la Fiscalía tiene la carga probar la autoría y el envío del correo.

Esas son el tipo de estrategias defensivas que en la realidad del sistema acusatorio colombiano están siendo planteadas por algunos litigantes. ¿Tiene algo que ver la calidad del litigio en Colombia con el surgimiento de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal? Este es un caso de la vida real y como podrá verse al final de este escrito, en buena medida la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal está relacionada con las estrategias defensivas asumidas en algunos procesos.

Este texto pretenderá analizar la utilización y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal en la jurisprudencia colombiana. Se evitará caer en la crítica que de manera elemental y obvia surge frente a dicha jurisprudencia: que la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal viola o cuando menos, afecta la garantía de la presunción de inocencia cuyo corolario lógico es la carga de la prueba exclusiva en cabeza de la Fiscalía. Se avisa como algo obvio que esta teoría probatoria presente sendas problemáticas en materia penal, frente a parámetros internacionales y frente a estándares doctrinales tales como los del garantismo penal.

Así mismo este escrito eludirá recurrir a una explicación (o a una justificación) dogmática o doctrinal de dicha teoría, por el contrario, se analizará su significado y aplicación únicamente dentro del marco de la

jurisprudencia sobre asuntos penales de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, no se pretende explicar según la doctrina del derecho probatorio qué se ha entendido que es la teoría de la carga dinámica de la prueba y si el recorrido jurisprudencial de nuestra Sala Penal y nuestra Corte Constitucional en materia penal, se ajusta al concepto de 'carga dinámica' desarrollado por la doctrina o incluso por otras áreas de la jurisprudencia colombiana como la contenciosa o la civil. Nótese que es posible que lo que la jurisprudencia penal ha llamado 'carga dinámica' no coincida con lo que bajo dicho título se ha desarrollado en otras áreas.

Con ello en mente, como antesala puede decirse que según la jurisprudencia colombiana en materia penal, la teoría de la carga dinámica de la prueba ha tenido dos etapas en las cuales ha variado su significado. En un primer momento se trató de un aparato conceptual en virtud del cual la carga de la prueba corresponde a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar un hecho. Por ende, si la defensa está en mejores condiciones de probar un hecho, la carga recae en ella.

En un segundo momento, el cual coincide con la entrada en vigencia de nuestro sistema penal acusatorio, la 'carga dinámica' supone que cada parte debe probar, no necesariamente lo que esté en mejores condiciones de probar, sino lo que le conviene. Por ende, si a la defensa le conviene la prueba de un hecho, así no esté en mejores condiciones de probarlo, la carga recae en ella. Incluso, la jurisprudencia en vigencia de la Ley 906 de 2004, ha llegado al punto de sostener que en virtud de la 'carga dinámica', ni siquiera se requiere estar en mejores condiciones de probar un hecho, para exigir a una parte determinada su demostración, sino simplemente que la prueba del hecho le beneficie a ella. Por ende, podría decirse que a la luz de los pronunciamientos de este segundo momento, que dicen hacer uso de esa teoría en el sistema acusatorio, realmente la Corte Suprema lo único que ha hecho es llevar al campo penal la regla general del derecho probatorio: cada parte prueba el supuesto de hecho de la norma cuyos efectos jurídicos persigue.

¿El problema obvio bajo cualquiera de esos dos momentos de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal? Que en el derecho penal la carga de la prueba radica en cabeza de la Fiscalía, pues la inocencia del ciudadano se presume, correspondiendo el deber de desvirtuar esa presunción, al ente persecutor.

De hecho podrá verse a continuación que a la luz de los pronunciamientos de la Sala Penal no es que se releve a la Fiscalía de su carga, sino que la

defensa también tiene una carga: la de desvirtuar lo que la Fiscalía alegue en su contra demostrando los hechos que alegue en su teoría del caso y que le beneficien.

El problema menos obvio y el que al final pretenderá resolver este escrito es el del origen de esta teoría en nuestro ordenamiento jurídico. ¿De dónde viene? ¿Dónde puede ubicarse su momento de nacimiento? Será menester absolver otro interrogante antes de pasar a esto último: ¿aparte de los usos expresos de esta teoría por parte de la jurisprudencia, pueden ubicarse otros eventos en los que al menos de manera tácita se haya recurrido a dicho aparato conceptual? ¿Puede entonces pensarse razonablemente que ha hecho carrera un discurso argumentativo en nuestras Altas Cortes tendiente a relativizar la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía? Sólo dando respuesta a este interrogante podrá responderse con mayor ilustración la cuestión del origen de toda aplicación directa o indirecta, tácita o expresa, de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal.

En coherencia con lo expuesto en antecedencia, el presente escrito se dividirá en los siguientes capítulos:

1. En primer lugar nos proponemos revisar de manera somera la temática de la carga de la prueba en general y de la teoría dinámica en concreto, desde una óptica doctrinal.

2. Seguirá un segundo capítulo, en el cual se abordará lo relacionado con la aplicación expresa que de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en vigencia de sistemas de tendencia inquisitiva. Se podrá ver que esta aplicación coincide con un primer momento del desarrollo jurisprudencial, este es, el producido bajo el amparo de normativas procesales anteriores a la Ley 906 de 2004 y por ende a la sistemática de tendencia acusatoria. Por aplicación expresa este escrito se refiere a eventos en los cuales es la propia Sala la que afirma y reconoce estar haciendo uso de dicha teoría.

3. El tercer capítulo, abordará lo relacionado con la aplicación expresa que de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en vigencia del sistema procesal penal de tendencia acusatoria que rige en nuestro país a partir de la Ley 906 de 2004. Se podrá ver que esta aplicación coincide con un segundo momento del desarrollo

jurisprudencial, este es, el producido bajo el amparo de la sistemática acusatoria. Nuevamente por 'aplicación expresa' se quieren significar los eventos en los cuales es la propia Sala la que afirma y reconoce estar haciendo uso de dicha teoría.

4. Al finalizar los dos capítulos anteriores se realizará un aparte de conclusiones parciales a partir de las que se podrán observar: cuáles son los delitos en los que de manera expresa la Corte Suprema ha aplicado la teoría en comento; la diferencia que se presenta en la noción de 'carga dinámica' en estos dos momentos, así como la mayor aplicación que en opinión de la Sala, tiene esta teoría en el sistema acusatorio. Por llamarlo de otra forma quedará en evidencia, una aplicación más categórica y amplia de esta teoría en un segundo momento del desarrollo jurisprudencial de la Sala, el cual coincide con la entrada en vigencia de la Ley 906. Como conclusión parcial entonces se podrá detallar bajo qué condiciones y con qué justificación la Sala ha hecho un uso de esta teoría. Veremos que en el fondo, ya sea que coincida o no con lo que doctrinalmente se denomina 'carga dinámica', la Corte Suprema, utilizando esa expresión, ha relativizado y matizado la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía. Sustancialmente la 'carga dinámica' en materia penal supone una redistribución de las cargas probatorias, más que una aplicación literal del entendimiento de la doctrina acerca de esa teoría, ya que como he advertido, es posible una falta de coincidencia.

5. Pasaremos a continuación a analizar si la jurisprudencia ha hecho uso de discursos con tendencia a relativizar la carga probatoria en cabeza de la Fiscalía sin recurrir de manera expresa a la utilización de la 'carga dinámica'. En otras palabras se analizará si la jurisprudencia ha hecho un uso 'tácito', de la carga dinámica. Se advierte que puede ocurrir que esa relativización o flexibilización probatoria que aquí se denomina aplicación 'tácita' de la teoría de la carga dinámica no coincida con lo que la doctrina denomina 'carga dinámica de la prueba'. En otros términos, en este capítulo se evidenciará que la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema viene siendo permeada por un discurso al cual subyace una lógica argumentativa que supone flexibilizar la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía. Dado que la aplicación expresa de la teoría de la carga dinámica de la prueba de la Sala Penal conlleva –en el fondo y de manera sustancial– esa flexibilización, ya sea que coincida o no con lo que la doctrina llama 'carga dinámica', puede decirse que en algunos eventos estamos en presencia de una aplicación 'tácita' de esa teoría.

6. A continuación se expondrá el primer momento en el cual la jurisprudencia colombiana flexibilizó la carga probatoria en cabeza de la Fiscalía, es decir, se ubicará el origen de la teoría de la carga dinámica en materia penal.

7. Finalmente, se propondrán algunas conclusiones.

Dicho lo anterior y habiendo delimitado de manera clara el objeto o tema de estudio del presente escrito, es imprescindible incursar en la siguiente reflexión. Como ya se ha establecido, el análisis se centrará en la jurisprudencia nacional en materia penal, (tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia), y no en el examen detallado de los precedentes emanados por otras jurisdicciones de la justicia colombiana. Así mismo, tampoco nos ocuparemos de manera primordial de la exploración de la doctrina local y foránea que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la carga dinámica de la prueba. Sin embargo, es evidente la necesidad plasmar, por lo menos de manera introductoria, una somera referencia a la carga de la prueba en general y a sus teorías dinámicas en concreto, asunto que sólo puede materializarse desde una mirada doctrinal.

La fuente u origen de las teorías dinámicas proviene precisamente de la doctrina, y a partir de ahí, es que la jurisprudencia las ha hecho propias. Debemos a los tratadistas locales y extranjeros, el desarrollo de la noción que subyace a la 'dinámica probatoria', razón por la cual no podríamos pasar por alto, siquiera una breve remisión a la doctrina especializada en la materia.

Un ligero examen de algunos autores, cuando menos, proporcionará un andamiaje sólido y una importante serie de herramientas, para adentrarse con mayor rigor y propiedad a la temática central de este escrito. Tal examen habilitará y hará posible una comprensión más adecuada y precisa, a la vez que sentará las bases conceptuales necesarias.

Curiosamente, será la doctrina del derecho probatorio en general, y porqué no decirlo, de naturaleza eminentemente civil, la que servirá para los propósitos que recién acaban de señalarse. No será la penal, precisamente porque en ella por regla general nunca ha habido cabida para teorías dinámicas, ya que la inocencia se presume, recayendo la carga exclusivamente en el aparato persecutor del delito. Los tratadistas del derecho procesal penal han dedicado su atención de manera primordial a

la presunción de inocencia, a la duda razonable y a la duda que debe resolverse en favor del procesado, de manera que, no abundan los estudios detenidos y profundos de la carga de la prueba. Es obvio que las teorías dinámicas, a primera vista, son ajenas e inaplicables en materia penal, dadas las garantías 'universales' que rigen la lógica sistemática del enjuiciamiento criminal. Como consecuencia de lo anterior no será la doctrina específicamente penal, en su naturaleza, sino la del derecho probatorio en general, la que nos ilustrará y nos dotará de las luces necesarias para la aprehensión plena de la cuestión de la carga probatoria.

1. **Somera referencia a la carga de la prueba en general y a las teorías dinámicas en concreto**

Siguiendo a los ilustres profesores, tratadistas y juristas Hernando Devis Echandía², Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo³ y Jairo Parra Quijano⁴ se pueden exponer de manera resumida las siguientes ideas sobre la cuestión de la carga de la prueba. Válido sea señalar que aquí no se pretende agotar el tópico de la carga de la prueba en su totalidad, ni desde un punto de vista comparado ni desde uno doctrinal, a pesar de lo cual, las nociones que se indicarán a continuación, proporcionan un punto de partida de significativa preponderancia para el lector.

1. La carga de la prueba es una especie de carga procesal, la cual de suyo supone para las partes la imposición de ciertas conductas a lo largo del trámite, de cuya inobservancia se derivan consecuencias desfavorables. De manera que la actividad de las partes resulta trascendental para el éxito y satisfacción de sus respectivos intereses (bien relacionados con el derecho de acción o con el derecho de defensa).

2. En concreto, la carga de probar supone dos aspectos: una regla de juicio para el fallador y una regla de conducta para las partes. La carga de la prueba entonces se nos presenta, desde un primer aspecto, como una

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Editorial ABC. Bogotá D.C., Colombia. 1995. 5ª edición.

³ JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Prólogo de Ricardo de Ángel Yágüez. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., Colombia. 2011. 1ª Reimpresión. Colección Ensayos, Nº.11.

⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2011. Decimoctava edición.

regla de juicio que se aplica cuando la prueba es insuficiente, generándose duda e incertidumbre sobre ciertos hechos. Como lo ilustra el profesor Devis, la carga de la prueba, en tanto regla de juicio, es de naturaleza sustitutiva, dado que no se aplica y es innecesaria cuando las pruebas practicadas fueron suficientes para llevar al juez a un convencimiento sobre los hechos.

3. De manera que, en palabras del maestro Devis:

Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núm. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones. (...) Para concluir, el tratadista en comento señala que: "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. (...) Si el juez o la contraparte la suministran, queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga y satisfecha ésta, si es un hecho exento de prueba, no existe carga de probarlo"⁵.

4. En similar sentido se expresa el profesor y jurista Carlos Ignacio Jaramillo con su ilustrado criterio, y con meridiana claridad, acerca de la temática de la carga de la prueba⁶. Dicho autor además, llama la atención sobre el contenido del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, el cual dispone que si al momento de dictar sentencia existe duda sobre algunos hechos, se desestimarán las pretensiones de la parte que

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Op. cit., pp. 426-427.

⁶ JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Op. cit., p. 189.

tuviera la carga de probarlos. Dicho en otras palabras, si queda duda sobre los hechos en los que se fundó la pretensión de una parte, la sentencia final le será desfavorable.

5. Sobre los criterios y reglas para la distribución o reparto de la carga de la prueba, al parecer existe una tendencia en el derecho probatorio (por lo menos a nivel comparado) por re-evaluar el estatismo. En otras palabras, sendos intentos doctrinales y jurisprudenciales, tanto internos como foráneos, han buscado re-distribuir, la carga, que de antaño, especialmente en áreas como la de la responsabilidad médica, correspondía exclusivamente al actor.

6. Las reglas absolutas y pétreas que abogan por una asignación de la carga de probar exclusivamente en cabeza del actor, (especialmente en casos de responsabilidad médica), se alejan de lecturas realistas que frente a cada caso individual pueden dar cuenta de la imposibilidad del actor de acreditar ciertos hechos. De dichas reflexiones se vale el profesor Jaramillo para, con su acostumbrada lucidez, manifestar que una visión racional y equilibrada de la carga de la prueba debe conducir a resultados que dialoguen con cada caso particular, que puede estar marcado por una dificultad en la obtención de determinado medio de prueba, lo cual lleva a la necesidad de transformar la carga estática, en una carga dinámica, en pro de la verdad sustancial y del logro de la justicia material⁷. Como consecuencia de lo anterior, el jurista que se viene citando explica que en la actualidad pueden observarse ciertas manifestaciones de la atenuación en materia probatoria, las cuales se inscriben en las llamadas cargas dinámicas de la prueba o más exactamente en el reparto dinámico de ella, por oposición a las cargas estáticas. En ese orden de ideas es posible identificar mecanismos de atenuación o flexibilización de la carga de la prueba exclusiva en cabeza del demandante. Como se ha dicho, el autor escribe desde la responsabilidad médica en la cual algunos alegan que la carga recae sólo en el actor, gracias a lo cual defiende la necesidad de morigerar dicha concepción estática y rígida de la regla de conducta.

7. En opinión del autor, y reclamando una revisión conjunta de las cuestiones de la valoración y de la carga de la prueba, es posible encontrar principios que flexibilizan la carga estática de la prueba, diversos a los que

⁷ JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Op. cit., p. 197.

de manera estricta se conciben como constitutivos de las 'teorías dinámicas': entre otros, la regla *res ipsa loquitur*, la regla *prima facie*, y la culpa virtual.

8. Cualquier introducción a la temática de la carga probatoria quedaría incompleta sin una referencia, aun cuando sea somera, al marco normativo que regula en Colombia lo atinente a la carga de la prueba, en otros ramos diferentes del derecho penal. Así, nos encontramos al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (en adelante C. de P.C.), al artículo 30 de la Ley 472 de 1998 (opción normativa esta, ratificada por la sentencia C-215 de 1999 de la Corte Constitucional), al artículo 32 de la Ley 256 de 1996 y a los artículos 1604 y 1757 del Código Civil. Algunos de ellos, en opinión del sector autoral colombiano, inscritos notoriamente, en la tendencia que propende por una flexibilización de la carga estática. Incluso, en opinión del profesor Jaramillo, la norma contenida en el artículo 177 del C. de P.C., no se opone, en su naturaleza, a devenires dinámicos de la práctica probatoria.

9. A nivel de derecho comparado es importante hacer referencia al ordenamiento español en el cual se ha incorporado expresamente a nivel legal, en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posibilidad de la distribución de la carga probatoria acorde con los criterios de facilidad y disponibilidad. Así mismo en algunas provincias de la República Argentina se han incluido parámetros normativos, legales y jurisprudenciales que comulgan con concepciones que tienden a distribuir racionalmente la carga de la prueba. Cabe resaltar que el Código General del Proceso, cuyo anteproyecto se ha venido preparando en Colombia bajo el liderazgo del importante y renombrado Instituto Colombiano de Derecho Procesal, consagra expresamente la posibilidad de distribuir la carga de la prueba conforme a una concepción dinámica.

10. Sobre la carga de la prueba en el derecho procesal penal, la idea que a primera vista se plantea es elemental y ampliamente conocida a la vez que compartida: el ciudadano se presume inocente hasta tanto no sea declarado judicialmente responsable, por lo cual la carga de la prueba para desvirtuar dicha presunción corresponde al órgano persecutor, para con ello llevar al juez a un convencimiento más allá de toda duda razonable, ya que en caso de que permanezca alguna duda sobre la responsabilidad penal, aquella se deberá resolver a su favor⁸. El profesor e ilustre catedrático

⁸ Varios otros temas podrían tocarse en relación con la cuestión de la carga dinámica de la prueba. Sin ir más lejos, se podrían abordar las diversas críticas y objeciones que la doctrina esboza contra tal teoría, así como las refutaciones que en defensa de ella propone otro sector

y jurista Jairo Parra Quijano, con gran atino sienta una postura crítica frente a cierta jurisprudencia de la Sala Penal que diferencia la absolución por duda, de la absolución por certeza de ello⁹. Sobre la noción de 'duda razonable' el profesor Parra Quijano, con su acostumbrada claridad y su autorizado criterio señala sendas críticas, dado que el origen en el derecho anglosajón de esa expresión encuentra relación con los jurados de conciencia y la exigencia a ellos de certeza subjetiva, lo cual difiere con la naturaleza de la función judicial penal en Colombia, en la cual actúan jueces abogados que deben basar su decisión en estándares de certeza (o duda) objetiva¹⁰.

11. Especialmente frente a la carga de la prueba, y en general en lo que respecta a las normas probatorias aplicables dentro del incidente de reparación integral, quedan aún varias preguntas pendientes de respuesta. Básicamente, ¿se aplican en el incidente las normas del descubrimiento, de la práctica de la prueba y de su valoración, previstas en la Ley 906 de 2004 para la Fiscalía y la defensa?

12. Para terminar resulta imprescindible destacar la lúcida forma del profesor Parra de valorar la cuestión de la carga dinámica en materia penal: *"El razonamiento de la Corte, desde el punto de vista lógico, es absolutamente correcto, pero desde el punto de vista político e ideológico es incorrecto. La noción de cargas dinámicas 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, porque tiene los conocimientos y fundamentalmente tienen un contenido de solidaridad o de equidad, que no se le puede exigir al inculcado. Transportar al proceso penal la noción de las cargas dinámicas, contradice políticamente la presunción de inocencia, es un mensaje no conveniente y por otra parte esa noción por lo menos en el caso que se juzgó resultó completamente inútil. Hágase el siguiente razonamiento: Si niega la propiedad de los dineros, esa es una negación indefinida que equivale a una afirmación: es de otra persona y si verificada la seriedad de la imputación se llega a la conclusión que esa es una persona de 'paja' construida como disculpa por la inculpada, de conformidad con las reglas de la experiencia hay que inferir*

autoral. Podría también analizarse la viabilidad de aplicar esa teoría, en ramas diferentes al derecho penal, desde la óptica del derecho constitucional. Especialmente sobre este punto el profesor Jaramillo adelanta una contundente, brillante y erudita reflexión sobre la constitucionalidad de dicha teoría en el derecho colombiano.

⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Op. cit., pp. 257-258.

¹⁰ *Ibidem*. pp. 824-837.

que el dinero era de su propiedad y por consiguiente había incurrido en enriquecimiento ilícito"¹¹.

2. El primer momento de la jurisprudencia. La aplicación expresa de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal en vigencia de sistemas de tendencia inquisitiva.

En la sentencia identificada con el radicado 23754 del 9 de abril de 2008 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió los recursos de casación interpuestos por el apoderado defensor y la Fiscalía contra una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C., mediante la cual se confirmó el fallo del juzgador de primer grado en virtud del cual se condenó a la procesada por el delito de lavado de activos y se le absolvió por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Valga recordar que esta sentencia fue producida, siendo la ley procesal aplicable, alguna anterior a la Ley 906 de 2004. En otras palabras, bajo sistemas de tendencia inquisitiva. Los hechos fueron resumidos por la Sala, de la siguiente forma:

El 5 de septiembre de 2002, en el Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá, fue retenida la señora María Mercedes Gómez Gómez, cuando arribó procedente de la ciudad de Madrid (España), con ciento siete mil doscientos dólares (US \$ 107.200) en efectivo, camuflados en cajas de rollos de película para cámaras fotográficas, dinero que no había sido declarado ante la Dirección de Aduanas Nacionales.

Con ocasión de tal conducta, la Fiscalía abrió investigación contra la procesada –María Mercedes Gómez– para consecuentemente proferir resolución de acusación contra ella como autora de los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares. El defensor sostuvo en sede de casación que el fallador de segundo grado violó indirectamente la ley sustancial por falso juicio de existencia, esto es, suponer una prueba como existente cuando en realidad no existe. En este caso, se dio por demostrado el origen ilícito de los dineros en poder de la procesada sin que prueba alguna dentro del expediente demostrara dicho origen.

Para resolver tal cargo la Sala recordó que el delito de lavado de activos –para su configuración– requiere de la demostración de que los bienes

¹¹ *Ibidem*, pp. 260- 261.

objeto del mismo provienen de alguna de las actividades delictivas previstas en el artículo 323 del Código Penal. La Sala dejó claro que no es necesaria la existencia de una sentencia previa que condene tal actividad delictiva dado que el lavado de activos es un delito autónomo y no subordinado. Por ello, basta la mera inferencia judicial dentro del respectivo proceso de que el objeto material del lavado procede de actividades delictivas. En otras palabras basta acreditar a título de mera inferencia, con libertad probatoria, la existencia de la conducta punible subyacente al lavado de activos. (Para arribar a dichas conclusiones la Corte se valió de los precedentes establecidos en las sentencias 23174 del 28 de noviembre de 2007 y 21044 del 19 de enero de 2005).

A renglón seguido y haciendo uso de la estructura teórica de la prueba indiciaria la Sala consideró que existieron suficientes hechos indiciadores a partir de los cuales el Tribunal pudo efectuar una inferencia razonable de que los dineros incautados tenían un origen delictivo. De manera que la inferencia sobre el origen ilícito provino de la apreciación de las pruebas obrantes en el proceso. Dos puntos resultan notables del anterior razonamiento: A) La Sala hace una aplicación, cuando menos tácita de la teoría de la carga dinámica de la prueba pues expuso que las afirmaciones de la defensa no pueden estar carentes de sustento máxime cuando el Estado tiene suficientes elementos en su contra, que no son refutados. La Sala no lo dijo con suficiente claridad, pero en realidad, al reprochar de la defensa un insuficiente sustento probatorio de sus afirmaciones, dados los elementos (no refutados) proporcionados por la Fiscalía, lo que se terminó haciendo fue exigir un ejercicio probatorio por parte de la defensa de aquello que estaba en mejores condiciones de probar —la licitud del dinero— lo cual no es más que una aplicación si se quiere ‘tácita’, de la teoría de la carga dinámica en materia penal. B) La Sala usó como uno de los hechos indiciadores a partir de los que válidamente se efectuó un razonamiento inferencial acerca de la proveniencia ilícita de las divisas, el propio dicho de la procesada. La Sala utilizó en contra de la procesada las explicaciones que ella misma expresó para pretender lograr su exculpación. Las utilizó, como puede verse, como hecho indicador para construir un razonamiento inferencial o en otros términos, una prueba indiciaria.

Pasando ahora al cargo propuesto por la Fiscalía en sede de casación con el fin de lograr una condena también por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, de antemano se puede señalar que la Sala hizo una aplicación directa y expresa de la teoría de la carga dinámica de la prueba. La Fiscalía argumentó que conforme al artículo 762 del Código Civil los

poseedores debían presumirse propietarios. Según el ente acusador, dicha presunción fue desconocida por el Tribunal, lo cual llevó a la absolución de la procesada por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Frente a lo anterior la Sala citó los precedentes jurisprudenciales establecidos en la sentencia del 18 de agosto de 2000 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Cantoral Benavides) y en la sentencia C-774 de 2001 de la Corte Constitucional.

Igualmente la Corte recordó que tanto la Ley 600 de 2000 como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de San José, prevén como una garantía judicial inalienable la presunción de inocencia. Como corolario de lo anterior, una condena penal no puede encontrar sustento o justificación en una presunción. Existe en el derecho penal una presunción que opera de manera constante a favor del procesado: la de inocencia. La presunción a la cual aludía la Fiscalía podría eventualmente permitir una atribución de responsabilidad civil, la cual se somete a otros estándares. La presunción cuya aplicación pretendía el ente acusador, admitía prueba en contrario y suponía liberar de la carga probatoria a una de las partes –la Fiscalía– para hacer recaer en cabeza del poseedor –en este caso la procesada penalmente– la prueba en contrario, es decir, la demostración de que era poseedora mas no propietaria.

Descartando entonces la argumentación que la Fiscalía utilizó para sustentar su cargo en sede de casación la Sala se propuso analizar los argumentos bajo los cuales el Tribunal absolvió a la procesada. Básicamente se le encontró inocente del delito de enriquecimiento ilícito de particulares ante la falta de demostración del ingreso a su patrimonio, de los dólares transportados. Así mismo los falladores de instancia argumentaron como máxima de la experiencia que quienes transportan divisas son meros instrumentos y no dueños de lo transportado, y argumentaron que no existía evidencia de la dedicación de la procesada a alguna actividad delictiva. Finalmente, se consideró que contra la procesada no pesaba sentencia condenatoria por alguna de las conductas de las cuales se deriva el enriquecimiento ilícito. Este último argumento, especialmente, fue desechado de manera tajante por la Sala al recordar que de antaño la jurisprudencia había venido reconociendo que para la configuración del delito de enriquecimiento ilícito no se requería de un fallo sobre la actividad delictiva a partir de la cual proviene el incremento patrimonial injustificado.

A continuación la Sala analizó los restantes argumentos para llegar a la conclusión de que la procesada debía responder también por el delito de

enriquecimiento ilícito de particulares, casando así parcialmente la sentencia de segunda instancia. A dicha conclusión se arribó haciendo aplicación directa y expresa de la teoría de la carga dinámica de la prueba. La Corte consideró que la sola posesión de las divisas, sin que se ofreciera ninguna explicación razonable sobre ello por parte de la procesada, constituía un fuerte elemento probatorio sobre su responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento, aun sin necesidad de acudir a la presunción alegada por la Fiscalía. El material probatorio permitía colegir que si el patrimonio de alguien se había enriquecido, había sido el de la procesada que fue hallada en posesión y plena disposición del dinero. Además si ya se había inferido la presencia de una actividad delictiva subyacente al lavado de activos como fundamento de la condena por dicho delito, la Corte no entendió cómo la misma evidencia no servía para sustentar una condena por enriquecimiento ilícito.

La procesada explicó a las autoridades que había recibido el encargo de transportar ese dinero, de un sujeto en un Hotel en Madrid-España, sin proporcionar algo más de él que su nombre y algunas genéricas características físicas. La Fiscalía solicitó a España los registros que tuviese sobre alguna persona con el nombre proporcionado por la procesada, sin que nunca se obtuviese respuesta alguna. Por manera que para la Corte, la procesada era la única que se encontraba en capacidad de aportar pruebas que contravirtieran aquellas presentadas por la Fiscalía. Lo contrario sería, en el campo de lo probatorio, exigir lo imposible de la Fiscalía, esto es, verificar que el dinero no es de propiedad de ninguno de los demás ciudadanos del mundo.

La Sala terminó por recordar que es perfectamente viable el concurso de los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos. Así mismo, reprochó la utilización de una supuesta máxima de la experiencia sobre los 'transportadores' de divisas. El Tribunal entonces, en opinión de la Corte, se valió indebidamente de una supuesta máxima de la experiencia.

Nótese entonces que en este caso la Sala consideró que si la defensa pretendía refutar los elementos allegados por la Fiscalía tenía el deber de aportar las respectivas pruebas. Según la Corte no es que la defensa deba probar lo que le compete al Estado, no es que la Fiscalía quede relevada de carga probatoria alguna, sino que a la defensa corresponde desvirtuar lo ya probado por el ente acusador. Es importante recordar que la providencia tuvo como fundamento un caso en el cual la defensa estaba en mejores condiciones de probar un hecho, que la Fiscalía. La prueba de la propiedad de las divisas estaba a la mano de la defensa, por lo cual la carga recaía en

ella. Razón por la cual la Corte consideró que habiendo demostrado tal hecho, se habría desvirtuado lo probado por la Fiscalía. También es relevante resaltar que la misma estructura argumentativa para justificar o avalar la aplicación de la 'carga dinámica' en el enriquecimiento ilícito, fue utilizada al momento de confirmar la condena por lavado de activos. En opinión de la Sala, le era exigible a la defensa la demostración de hechos que desvirtuaran los probados por la Fiscalía. Por ende, exigiendo una determinada actividad probatoria en cabeza de la defensa, en el fondo, se recurre a distribución de cargas entre las partes. Ese es precisamente el fundamento de la 'carga dinámica' desarrollada por la Sala, por lo cual puede decirse que en el caso del lavado de activos se hizo un uso 'tácito' de dicha teoría.

Aproximadamente un año después, del precedente que recién se ha analizado, en la sentencia 31147 del 13 de mayo de 2009 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Medellín mediante la cual se había confirmado la absolución a favor de un ciudadano por el delito de omisión de agente retenedor.

Valga recordar que esta sentencia fue producida bajo el amparo de sistemas procesales de tendencia inquisitiva, anteriores a la Ley 906 de 2004. Los hechos fueron resumidos por la propia Sala de la siguiente forma: *De acuerdo con lo reseñado en los fallos de instancia, el 31 de julio de 2001, el Jefe de la División Jurídica Tributaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, denunció ante la Fiscalía al señor ORLANDO ISAZA ESTRADA, porque dentro del término estipulado en la ley, declaró pero no consignó los dineros recaudados por concepto del IVA, en su calidad de representante legal de la "Comercializadora Estándar", dedicada a la venta de aceites para máquinas de coser, desde el período 5º de 1998 hasta el período 2º de 2000, por valor de \$8.093.000, más los intereses moratorios, deuda que fue soportada con la documentación que se anexó a la denuncia, correspondiente a las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas presentadas por el procesado.*

El Tribunal absolvió bajo la siguiente consideración: *En esencia, la Sala mayoritaria del Tribunal consideró que aunque se contaba con prueba documental en la que consta que el procesado ISAZA presentó las declaraciones del recaudo de impuesto sobre las ventas para los períodos señalados, de las mismas no se puede colegir que efectivamente se hubieran recaudado los tributos declarados, pues el procesado manifestó en el curso de la audiencia pública que algunos de ellos no fueron realmente recogidos, porque varios de sus clientes se quebraron y*

no tuvieron como pagarle. (...) En esas circunstancias, dice, surge la **duda** frente al efectivo recaudo de los dineros declarados por concepto del IVA, lo cual lleva a considerar que los mismos no ingresaron al patrimonio del procesado. (Subrayas fuera del texto original).

Teniendo lo anterior en mente la Sala recordó la trascendencia constitucional del principio de la presunción de inocencia, para a renglón seguido, afirmar la vigencia de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal. Con dicho planteamiento en mente la Sala casó el fallo absolutorio para en su lugar proferir condena en contra del ciudadano. Habiendo la Fiscalía aportado las declaraciones tributarias del procesado, junto con la prueba documental de que nunca se consignaron las sumas debidas en las arcas de la DIAN, éste alegó en la audiencia pública que algunas de las sumas declaradas, nunca habían sido efectivamente recaudadas. La Sala aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba al presente caso, de la siguiente forma. Consideró que resultaría desproporcionado demandar de la Fiscalía la prueba de qué parte del dinero fue realmente objeto de recaudo, lo cual era lógico que allegara la defensa. El supuesto fáctico alegado fue suficientemente demostrado por la Fiscalía con las declaraciones tributarias y la no consignación. De lo contrario siempre se tornaría insuficiente la tarea de la Fiscalía y la consecuente demostración de sus cargos, pues bastaría que la defensa esgrimiera en cualquier momento de la controversia, incluso al final, justificaciones genéricas, para argumentar sobre esa base, la aplicación del in dubio pro reo, sólo porque esas justificaciones no pudieron ser validadas por la Fiscalía, a pesar de que, la demostración de ellas estuviera en sus manos.

La Sala añadió que incluso si el procesado hubiese negado haber recibido dinero alguno, era de su resorte ofrecer medios probatorios para corroborar la veracidad de lo expresado, no porque se invierta la carga de la prueba sino porque a la Fiscalía le resultaba imposible en ese estado del proceso –audiencia pública de juzgamiento– allegar pruebas adicionales. Máxime cuando ya había demostrado de manera suficiente la presentación de declaraciones tributarias por parte del procesado por conceptos sobre los cuales nunca había efectuado consignación alguna a favor de la Administración. Así mismo negó la Sala que en este caso hubiese vulneración alguna del principio de investigación integral dado que el momento y la naturaleza de las afirmaciones exculpatorias hacían imposible para la Fiscalía un ejercicio investigativo adicional, sin embargo, para la defensa era perfectamente posible aportar la prueba de lo aseverado. Valga decir que el pronunciamiento anteriormente reseñado gozó de unanimidad por parte de la Sala.

Puede verse entonces que en opinión de la Sala, la Fiscalía debe cumplir con una carga determinada de manera suficiente: presentar pruebas de la existencia del hecho y la autoría o participación del procesado. Una vez esa carga es satisfecha por el ente persecutor, corresponde a la defensa refutar lo alegado por la Fiscalía. Si lo pretendido es controvertir lo demostrado ya por el Estado, corresponde a la defensa entregar los elementos de juicio que así lo permitan. Nuevamente es digno de hacerse notar que el fundamento de la providencia se basó en que las pruebas eventualmente exculporias estaban a la mano del procesado, por lo cual si buscaba controvertir a la Fiscalía, tenía el deber de allegarlas. Dicho en otras palabras, hasta el momento para la Sala, la carga dinámica en materia penal suponía que a la defensa le compete probar lo que está en mejores condiciones de acreditar si quiere que de la demostración de ello se derive una consecuencia que le beneficie, esta es, la refutación de las pruebas que la Fiscalía haya presentado en su contra.

A pesar de todo lo anterior, puede verse que no siempre la Corte Suprema –al estar enfrentada a un caso con deficiencias probatorias de la defensa en cuanto a la demostración de la licitud de un incremento patrimonial en tratándose del delito de enriquecimiento ilícito de particulares– ha optado por recurrir a la utilización de la teoría de la carga dinámica de la prueba. En la sentencia 22179 del 9 de marzo de 2006 (M.P. Alfredo Gómez Quintero), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C., mediante la cual se confirmó la absolución a favor de dos ciudadanos por el delito de lavado de activos.

Valga decir que esta sentencia fue producida, siendo la ley procesal aplicable, una anterior a la Ley 906 de 2004. Los hechos fueron resumidos en la sentencia de casación de la siguiente forma: *Tuvo ocurrencia en el aeropuerto El Dorado de esta ciudad, a las 17:00 horas del día 10 de febrero de 2002, cuando agentes adscritos a la Policía Nacional, encargados de realizar procedimientos de control a los pasajeros que arribaban del vuelo Iberia 6741 procedente de Madrid-España, hallaron en poder de los ciudadanos italianos Brigida Troiano, Roberto Di Giovandomenico y Davide Di Bitetto, las siguientes sumas de dinero en dólares US \$119.000, US \$130.000 y US \$149.300 respectivamente, para un total de US \$398.300; dinero que fue hallado a la referida procesada en un abrigo de piel y en chalecos multibolsillos a los procesados. Tales divisas no fueron declaradas por los acusados en los respectivos formularios entregados para tales efectos por la DIAN, siendo aprehendidos y dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Extinción del Derecho de Dominio y del Lavado de Activos.*

La Fiscalía argumentó en la demanda de casación que se transgredieron los principios de la lógica por parte del Tribunal al valorar las pruebas, dado que los procesados no habían logrado demostrar el origen de los dineros, gracias a lo cual, no quedaba más remedio sino concluir que su procedencia era ilícita. Consideró la Sala inaplicable en este caso el principio lógico del tercero excluido.

El Tribunal por su parte consideró que la Fiscalía había debido demostrar el origen delictivo del incremento patrimonial toda vez que el delito subyacente del lavado de activos era el enriquecimiento ilícito de particulares. La Sala consideró que la presunción de inocencia que cobijaba a los procesados hacía exigible del Estado la demostración de los hechos necesarios para desvirtuarla.

En virtud de lo anterior, la Sala se abstuvo de casar el fallo, quedando así en firme la absolución de los procesados. Nótese entonces que la Corte consideró en este caso inviable que recayera en cabeza de los procesados la demostración de la licitud de sus recursos, so pena de derivarse de la carencia de dicha prueba, la proveniencia delictiva de los mismos. Dicho en otros términos, la Sala se abstuvo de avalar o permitir una aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

3. *El segundo momento de la jurisprudencia. La aplicación expresa de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal en vigencia del sistema acusatorio*

Hasta el momento puede apreciarse que la Sala Penal había venido avalando la aplicación de la teoría de la carga dinámica en materia penal, por lo menos de manera expresa, en los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y omisión de agente retenedor. Podría decirse que de manera tácita la había avalado en el caso del lavado de activos.

Lo anterior entonces nos permite tener una radiografía clara sobre el estado de la jurisprudencia de la Sala Penal bajo los sistemas de tendencia inquisitiva, en lo que respecta a la carga dinámica de la prueba. Pero, ¿la teoría de la carga dinámica de la prueba también aplica para casos regidos por la Ley 906 de 2004?

3.1. La sentencia 31103

La Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el sistema acusatorio, por

primera vez, en la sentencia identificada con el radicado 31103 del 27 de marzo de 2009 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez), proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante la cual resolvió de fondo el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Medellín en virtud de la cual se absolvió al ciudadano Julio César Palacio de varios cargos del delito de acceso carnal en concurso con incesto, revocándose el fallo condenatorio de primer grado.

Los hechos del caso fueron resumidos por la propia Sala así: *En la vereda La Palma, zona rural del corregimiento San Cristóbal de la ciudad de Medellín, residían los esposos JULIO CÉSAR PALACIO y Luz Mery Muñoz, conjuntamente con sus menores hijos Y, J. y E. Dentro de ese entorno, para mediados del año 2006, JULIO CÉSAR PALACIO, aprovechando que su esposa no se hallaba en la vivienda, dadas sus ocupaciones laborales, comenzó a realizar vejámenes físicos y sexuales en contra de Y..., que incluyeron golpes, amenazas con arma de fuego y acceso carnal por vía anal. Ello se prolongó hasta el mes de octubre de ese año, cuando la víctima, pese a la incredulidad de su madre, dio noticia de lo ocurrido a una tía suya, quien puso en conocimiento de las autoridades esos hechos.*

De conformidad con tal antecedente fáctico la Fiscalía acusó al señor Palacio por varios cargos de acceso carnal en concurso con incesto. La sentencia de primer grado fue condenatoria y la de segunda, absolutoria. La Fiscalía planteó en sede de casación que el fallo del Tribunal había violado indirectamente la ley sustancial al desconocer las reglas para la producción y apreciación probatoria. Sostuvo el casacionista que la absolución del procesado se fundó, en esencia, en el argumento de que se dejó de practicar una prueba especializada que hubiese permitido conocer si el procesado padecía de sífilis y si en consecuencia fue quien –a través del acceso carnal– contagió a la víctima.

La defensa alegó durante el juicio que el procesado no podía haber sido quien accediera a la víctima pues de serlo, tendría que haber estado contagiado de la mentada enfermedad venérea. La Fiscalía, supuestamente según la defensa, no habría producido la prueba especializada idónea para tal efecto.

La Sala entonces 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. La Sala expuso que la Fiscalía, bajo la égida de un sistema acusatorio, debe acusar y demostrar en juicio la responsabilidad del acusado. Es por eso que la

defensa tiene la posibilidad de desarrollar su propia teoría del caso, incluso, a través de un comportamiento pasivo cuya legitimidad, precisamente reposa en la presunción de inocencia que cobija al procesado.

De hecho la Corte se permitió recordar que aun bajo el reino de la Ley 600, de tendencia inquisitiva, y bajo el cual tenía vigencia y aplicación el principio de investigación integral, la jurisprudencia avaló en algunas ocasiones ciertas limitaciones a la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía, exigiendo a la defensa adelantar su propia tarea probatoria para desvirtuar las pruebas de la Fiscalía, en los casos en que ésta, ha allegado suficientes elementos. Fue así como se remitió al precedente fijado en la sentencia del 9 de abril de 2008, (radicado 23754), en virtud del cual se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba.

A renglón seguido se aclaró que la aplicación de dicha teoría en el derecho penal debe tener sin duda un campo restringido, pues su espacio de operatividad se encuentra normalmente en otros ramos del ordenamiento jurídico.

De dichos argumentos se valió la Corte para concluir que en el sistema acusatorio no es posible que la defensa adopte un comportamiento pasivo cuando la Fiscalía ha presentado pertinente, conducente y suficiente prueba de cargo. Es obvio que con en el sistema procesal anterior, hay diferencias ostensibles en la práctica probatoria, pues en aquél incluso se permitía el decreto de pruebas de oficio. En el sistema acusatorio se demanda del fallador absoluta imparcialidad y el esquema adversarial se desnaturaliza cuando a alguna de las partes se le reclama exhibir pruebas que sustenten la teoría del caso de la contraparte, como cuando a la Fiscalía se le exige presentar evidencias que sirven de soporte a la estrategia defensiva y a la inversa.

La Corte además se remitió al precedente establecido en la sentencia C-1154 de 2005 en el cual la Corte Constitucional fue clara en que el nuevo modelo adversarial compromete a la defensa a investigar y probar lo que le beneficia, sin disminuir la presunción de inocencia y teniendo en cuenta que la Fiscalía debe investigar sólo lo favorable para la pretensión de cargo debiendo en todo caso descubrir la evidencia exculpatoria, que llegue a encontrar.

Según los argumentos de la Sala, la teoría de la carga dinámica de la prueba rige incluso de manera más decisiva en el sistema acusatorio que en el inquisitivo. Es en un esquema adversarial donde con mayor justificación se puede exigir de la defensa la activa demostración de la teoría del caso que plantea, así como un reproche más drástico de su pasividad.

La Corte entonces aplicó la teoría de la carga dinámica al caso concreto. El Tribunal, al exigir una determinada prueba para la demostración de la enfermedad venérea que aquejaba al procesado y que fue transmitida a la víctima, cuando la Fiscalía había ya llevado prueba testimonial suficiente sobre ese punto, resultó en realidad sosteniendo que el ente persecutor estaba obligado a presentar el examen FTA absorbido, como elemento necesario para la definición del caso. Además, el asunto de la transmisión de la enfermedad sexual era tan sólo uno de los puntos del debate incriminatorio, siendo el asunto central la responsabilidad penal del acusado, a pesar de lo cual el Tribunal lo hizo figurar como cuestión central de la controversia.

En opinión de la Sala el sistema acusatorio supone un juego de roles claramente definidos, por lo cual las partes se enfrentan o confrontan con un claro espíritu adversarial. A una de ellas entonces, no le puede corresponder la carga de probar lo que le compete a la otra, según su particular teoría del caso. Dicho en otras palabras, cada parte debe probar lo que le beneficie según sus intereses, los cuales estarán determinados por la teoría del caso que ha ventilado en el juicio oral. Si a cada parte corresponde enfrentarse desde su delimitado rol en un sistema adversarial, cada una tiene el deber de probar lo que le interesa y nada más que eso. De lo cual se desprende que tanto la defensa como la Fiscalía tienen una carga probatoria. Una carga que debe ser satisfecha de manera suficiente para lograr su cometido, absolución o condena respectivamente.

No es que la Sala haya relevado de la carga a la Fiscalía, sino que aquella se satisface con la demostración del hecho y de la participación del acusado, mientras que si la defensa quiere desvirtuar lo probado por la contraparte, y probar su inocencia, no puede asumir un rol pasivo, pues por el contrario, le es exigible un claro deber probatorio, dado que le compete demostrar lo que alegue. De esa forma, bajo tal perspectiva de la Sala, la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal viene a constituirse como la regla general del ejercicio probatorio en el sistema acusatorio, pues sin importar quién esté en mejores condiciones de probar un hecho, lo debe demostrar quien se vea beneficiado con él. De manera que en esencia no es algo diferente de la regla general del derecho probatorio, gracias a la cual a cada sujeto compete la prueba del supuesto de hecho de la norma cuyos efectos jurídicos persigue por serle favorables.

Es menester tomar en consideración que esta lógica argumentativa supone un discurso que pretende avalar una flexibilización o relativización

de la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía. Las cargas se distribuyen entre las partes dejando entonces de ser absoluto el principio de que la carga recae entera y exclusivamente en el Estado.

3.2. La sentencia 33660

Posteriormente, y por segunda vez, la Sala Penal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el sistema procesal penal de tendencia acusatoria, en la sentencia identificada con el radicado 33660 producida el 25 de mayo de 2011. (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero). Mediante dicho pronunciamiento la Sala resolvió el recurso de casación interpuesto por el apoderado defensor del condenado contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C., en virtud de la cual se revocó el fallo dictado por el juzgador de primera instancia y en su lugar lo condenó como autor del delito de homicidio.

La Sala resumió los hechos de la siguiente forma:

El 28 de febrero de 2006, hacia las 9.30 de la noche en la casa de la carrera 89 N. 70 B-10, cuando como consecuencia de la lesión producida por proyectil de arma de fuego disparado por el señor WILLIAM ORLANDO TAUTIVA IZQUIERDO, falleció instantáneamente Johana Paola Medina Ortiz, su novia desde hacía seis años.

Dados tales hechos, la Fiscalía acusó al señor Fautiva Izquierdo del delito de homicidio. El defensor planteó en sede casacional que la sentencia de segundo grado había violado de manera indirecta la ley sustancial por error de hecho dado un falso juicio de identidad y un falso raciocinio. El falso juicio de identidad se refería a cuatro pruebas periciales practicadas dentro del proceso y al testimonio del procesado; el falso juicio de raciocinio se predicó de la prueba pericial balística. De manera que el casacionista solicitó casar el fallo de segunda instancia a partir de sendos errores en la producción y valoración de las pruebas por falsos juicios de identidad y falsos raciocinios. Explicó la Sala que dicha situación la llevaba a verificar los supuestos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal para dar por demostrada la teoría del caso de la Fiscalía al revocar la absolución de primera instancia.

Como cuestión previa a dicho asunto la Sala se ocupó de un tema de gran relevancia tratado por el recurrente para sustentar su pretensión. Debe empezar por notarse que según se lee del propio texto de la sentencia comentada, el casacionista no hizo sino una breve referencia al asunto de la carga dinámica

de la prueba. Al sustentar oralmente su demanda recriminó que el Tribunal le hubiese reprochado a la defensa la falta de prueba del caso fortuito alegado, en aplicación de la carga dinámica, pues según el impugnante, tal teoría tiene carácter excepcional y restrictivo. Sin embargo, a pesar de esa breve referencia, el alto tribunal consideró el asunto de la carga dinámica una cuestión relevante para ser abordada como cuestión previa. Veremos cómo aplicó la Sala a este caso, la teoría de la carga dinámica de la prueba.

La Sala supuso de entrada que el acusado, tiene la obligación –la carga– de probar las situaciones exculpativas que alega a su favor. No le corresponde a la Fiscalía probar que no se presenta a favor de la defensa alguna causal exonerativa o exculpativa. ¿Por qué? Porque es la parte que alega determinado hecho a la que le corresponde probarlo, especialmente, si ese hecho supone consecuencias jurídicas favorables para ella. Por ende, la presunción de inocencia que cobija al ciudadano no avala una actitud pasiva del acusado.

Dicho en términos más sencillos, los supuestos de hecho le corresponden ser probados a la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. Si un hecho beneficia a la defensa y se encuentra en menores condiciones de probarlo, la carga de la prueba recae en ella. La Sala aclaró que bajo la Ley 906 no rige el principio de investigación integral por lo cual la tarea de la Fiscalía se agota con la demostración de los hechos por los cuales se formuló acusación y de los hechos que acreditan la autoría o participación. Razón por la cual la defensa tiene la carga de probar los hechos que se opongan o refutan, o mejor, que desvirtúen, la situación fáctica probada por la Fiscalía.

A la defensa entonces no le basta, dentro de la dinámica probatoria propia de un sistema acusatorio, con efectuar un mero ejercicio argumentativo para 'crear' dudas con el fin de que éstas sean resueltas a su favor. A la Fiscalía no se le puede exigir que su tarea se encamine a prever toda posible exculpación que el procesado ofrezca, con el fin de tener obligatoriamente que desvirtuarla.

La Sala, se remitió a los precedentes fijados por las sentencias arriba citadas en este texto¹². En conclusión la Sala consideró que la carga de la

¹² Debe tenerse en cuenta que la Sala también se remitió para justificar su fallo a la sentencia 23906 del 29 de agosto de 2007 en virtud de la cual se resolvió el caso de Roberto Antonio Cabrales Rodríguez, en el cual la Sala consideró que en vigencia del principio de investigación integral la carga de la prueba recaía enteramente en la Fiscalía, sin embargo en un proceso

prueba debe operar de manera dinámica, especialmente, en el marco de un proceso penal de tendencia acusatoria. En principio, un ciudadano del común podría creer que en el sistema acusatorio ocurría lo contrario: la Fiscalía debe asumir con mayor compromiso la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia que con especial ímpetu cobija al ciudadano. La Corte considera lo contrario: la tendencia acusatoria impone al ente acusador llevar evidencias y pruebas suficientes de cargo para demostrar su pretensión, y corresponde a la defensa, no probar su inocencia, la cual se presume (presunción que precisamente apunta a derruir la prueba de cargo) sino desvirtuar lo ya probado en su contra. La pretensión de la defensa se materializa en el interés de controvertir el caso que la Fiscalía ha estructurado en su contra, razón por la cual debe probar aquello que le beneficia, esto es, lo que se opone a la prueba de cargo que ha presentado la Fiscalía.

La Fiscalía no debe, o mejor no puede, investigar lo que resulte contrario a su caso y favorable para la defensa, pues ello iría en contra de la sistemática adversarial, pero más importante que eso, tampoco se le puede exigir lo imposible, esto es, encontrar y presentar toda evidencia que desvirtúe lo que la defensa pueda eventualmente argumentar. No es posible que el ente acusador se imagine todas las posibles teorías del caso de la defensa, para que así persiga las evidencias tendientes a controvertirlas.

De manera que con la desaparición del principio de investigación integral, según la Corte, se estableció la vigencia de la teoría de la carga dinámica de la prueba. Con el anterior aparato argumentativo en mente la Corte consideró que la sentencia del Tribunal cuya casación pretendía la parte impugnante, no adolecía de errores en la valoración de los medios probatorios. La decisión de revocar la sentencia de primer grado para en su lugar, condenar al procesado, se fundó en las pruebas válidas y legalmente admitidas al proceso las cuales no dejan duda de que el homicidio fue cometido de manera intencional y no como consecuencia de un 'caso fortuito' tal y como lo quería hacer ver la teoría de la defensa.

En concreto, la Sala consideró que la controversia que la defensa intentó plantear contra la prueba pericial presentada por la Fiscalía, con base en

adversarial en el cual cada una de las partes debe demostrar el supuesto de hecho que le conviene y que alega a su favor, la carga de la prueba le corresponde a quien pretende valerse del respectivo hecho. Al parecer entonces, desde dicha sentencia, para la Corte sería admisible con mayor ahinco en un sistema acusatorio la aplicación de la teoría de la carga dinámica, que en un sistema inquisitivo.

las meras explicaciones el procesado, resultó a todas luces insuficiente frente a su carga probatoria. La defensa tenía la carga de haber probado a través de medios idóneos su teoría del caso y por ende, de haber desvirtuado la teoría del caso de la Fiscalía. La defensa tenía la carga de haber probado que el arma se disparó accidentalmente y que por ende, el homicidio era producto de un 'caso fortuito'. Las meras argumentaciones no eran suficientes para oponerse a las pruebas allegadas por el ente acusador.

En conclusión se observa que a pesar de una breve referencia a que la defensa estuviese en mejores condiciones de probar un hecho cuya demostración, resulta imposible o al menos difícil para la Fiscalía, la teoría de la carga dinámica fue aplicada ampliamente. Sostuvo así la Sala que cumplido o satisfecho un ejercicio probatorio pertinente por parte de la Fiscalía, corresponde a la defensa demostrar la teoría del caso que alega. No es fundamental que la defensa esté en mejores condiciones de probar el hecho que le beneficie y alega a su favor, pues esa exigencia para la aplicación de la teoría de la carga dinámica sólo fue esbozada de paso. El punto central tiene que ver con la redistribución de la carga probatoria que en todo caso opera, es decir, con un discurso que propende por la limitación de la carga absoluta de la prueba en cabeza de la Fiscalía, al exigir que cada parte deba probar necesariamente (y solamente) lo que interesa a su teoría del caso.

4. Conclusiones parciales

1. De manera expresa, y en vigencia de sistemas de tendencia inquisitiva, la Sala aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal en los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y omisión de agente retenedor.

2. De manera tácita, al usar los mismos argumentos, a pesar de no haberlo dicho expresamente, se aplicó tal teoría en el delito de lavado de activos.

3. La aplicación hasta antes de casos regidos por la Ley 906, era si se quiere, restringida, pues suponía que la defensa debía probar lo que le interesara para desvirtuar los elementos allegados por la Fiscalía, siempre que estuviere en mejores condiciones de hacerlo dado que al ente persecutor no se le podía exigir probar lo que le resultaría imposible.

4. Las anteriores conclusiones son predicables de lo que puede ubicarse como un primer momento del desarrollo jurisprudencial sobre este tópico. La carga dinámica en ese primer momento era entonces un mecanismo para flexibilizar la carga en cabeza de la Fiscalía invirtiendo

hacia la defensa la obligación de demostrar hechos que estuviese en mejor disposición de acreditar, para con ello refutar de manera sustentada la prueba de la Fiscalía.

5. En un segundo momento del desarrollo jurisprudencial, la Sala aplica la teoría de la carga dinámica a casos regidos por el sistema de tendencia acusatoria. Es, si se quiere, una aplicación amplia pues la noción de 'carga dinámica' supone que cada parte, debe probar lo que le interesa, dejando de ser central la cuestión de la facilidad para acceder al medio probatorio. Por ende, la defensa, cuando la Fiscalía allega material suficiente, no puede asumir un comportamiento pasivo y debe ejercer su rol de manera activa para demostrar la teoría que alega a su favor en búsqueda de la absolución.

6. La carga dinámica entonces, también en este segundo momento, busca relativizar la carga de la Fiscalía, distribuyendo entre las partes el ejercicio probatorio: cada parte prueba el hecho que alega y que le beneficia.

7. La Sala ha aplicado esa teoría de manera expresa en el sistema acusatorio, para los delitos de homicidio y acceso carnal. Nótese que ya no dependerá del delito la aplicación de la teoría, pues los argumentos de la Sala suponen que para todo delito en el sistema acusatorio, por regla general, será viable su aplicación, gracias al ejercicio probatorio propio de los esquemas adversariales.

8. Puede verse entonces, ya sea que estemos en el primer momento del desarrollo jurisprudencial, o en el segundo, que la Sala plantea un discurso argumentativo en virtud del cual la 'carga dinámica' se aplica al proceso penal para exigir un ejercicio probatorio más laxo por parte de la Fiscalía. Salvo en el caso del lavado de activos, los precedentes hasta ahora analizados, de manera expresa han sido fundamentos en la teoría de la carga dinámica de la prueba. En el caso del lavado, por obedecer a la misma estructura argumentativa, este escrito ha sostenido que la Sala hizo un uso tácito de esta teoría.

5. *La aplicación tácita de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el desarrollo jurisprudencial en materia penal tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*

Lo anterior entonces nos permite tener claridad sobre el estado del arte a nivel jurisprudencial en lo que se refiere expresamente a la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal. Ahora es el momento de pasar a

estudiar si los precedentes de la Sala Penal y de la Corte Constitucional han venido haciendo uso de estrategias o aparatos discursivos con tendencia a relativizar la carga probatoria en cabeza de la Fiscalía sin recurrir de manera expresa a la utilización de la teoría de la 'carga dinámica'. Esa utilización 'no expresa' se puede entender también como una utilización tácita. No es que la Corte haya hecho uso expreso de una aplicación 'tácita'. Por el contrario, este escrito pretende dejar en evidencia en líneas subsiguientes que varios precedentes, sin tomar consciencia expresa de ello, y sin remitirse directa o indirectamente a la teoría de la carga dinámica, recurren a planteamientos y razonamientos propios de ella. En otras palabras, a razonamientos que suponen relativizar o flexibilizar la carga que constitucional y legalmente ha sido impuesta en cabeza de la Fiscalía. Dado que dicha teoría conlleva, según el desarrollo que la Sala Penal le ha dado, tal y como se ha podido observar en páginas anteriores –en el fondo y de manera sustancial– una flexibilización de las cargas probatorias, es posible sostener que otros precedentes han hecho uso 'tácito', ya que están permeados por un discurso al cual subyace una lógica argumentativa que supone flexibilizar la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía.

Se advierte, como se ha venido haciendo desde la introducción, que esa relativización o flexibilización probatoria que aquí se denomina como una utilización 'tácita' no necesariamente coincide con lo que la doctrina denomina 'carga dinámica de la prueba'. Que sea este el momento para recordar que la Sala no hizo una utilización expresa de esta teoría en el caso del lavado de activos. La estructura argumentativa en el caso del lavado, se corresponde con la de los fallos en los cuales se ha recurrido expresamente a la carga dinámica, pero propiamente la Corte allí no la aplicó. De manera que hasta el momento, al menos, hemos encontrado un caso de aplicación tácita: el lavado de activos.

5.1. La inasistencia alimentaria

Al respecto debemos empezar por el delito de inasistencia alimentaria. De hecho, como pasará a verse, este delito constituye un campo casi natural para se comience a aplicar expresamente la carga dinámica. Es perfectamente previsible que en este delito dicha teoría sea eventualmente utilizada de manera manifiesta. ¿Por qué? Tal conducta supone que el alimentante debe abstenerse de cumplir su obligación 'sin justa causa'. De manera que surge la pregunta ¿quién debe alegar y probar una justa causa para incumplir la obligación alimentaria? La respuesta, según la ideología que viene planteando la Sala, de acuerdo a los precedentes que se han reseñado en este escrito,

sería la siguiente: la defensa, pues está en mejores condiciones de probarlo y además es a ella a quien le beneficia demostrarlo. Al parecer no correspondería a la Fiscalía conseguir evidencias para desacreditar toda posible justificación. Correspondería a ella construir un caso sólido y a la defensa desvirtuar su teoría del caso, alegando y probando una justa causa para el incumplimiento alimentario. La teoría del caso defensiva no podría limitarse genéricamente a afirmar una justa causa, sino que, bajo la lógica de la Sala, deberán llevarse evidencias que desvirtúen las pruebas de la Fiscalía sobre la capacidad económica del alimentante.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (entre otras, la sentencias 28813 del 4 de diciembre de 2008, 21161 del 23 de marzo de 2006 y 21023 del 19 de enero de 2006,) utilizando como apoyo la sentencia C-237 de 1997 de la Corte Constitucional ha considerado que un ciudadano no puede responder penalmente por el delito de inasistencia alimentaria en caso de que quede demostrada su incapacidad económica. La estructura típica de dicha conducta punible supone que el alimentante debe sustraerse de su obligación 'sin justa causa', razón por la cual, la incapacidad económica supone una 'justa causa', para incumplir el deber alimentario, conduciendo a la exoneración de responsabilidad penal. La Sala nunca ha abordado específicamente el asunto de quién debe probar la incapacidad económica. Es decir, al parecer, la Fiscalía es la que debe demostrar la capacidad del alimentante y la defensa debe llevar al proceso los elementos que desvirtúen dicha cuestión, para en su lugar, lograr acreditar una incapacidad de cumplir con la obligación alimentaria.

La Sala hasta el momento nunca ha sostenido expresamente que sea a la defensa a quien corresponda la prueba de la incapacidad, si es que la alega, para lograr la exoneración de responsabilidad penal, sino que simplemente ha analizado el acopio probatorio resultante del procedimiento, para valorar si allí se encuentra probada la capacidad económica. Sin embargo, es previsible que dada esa estructura típica, la Sala eventualmente hará uso de la teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos penales seguidos por el delito de inasistencia alimentaria, pues razonablemente, según tal teoría, podría considerar que la prueba de la incapacidad corresponde a quien la alega –la defensa– para con ello desvirtuar las evidencias que presente la Fiscalía tendientes a demostrar la conducta típica, lo cual incluye la falta de una justa causa del alimentante para abstenerse de cumplir con su obligación.

No obstante como ya se ha dicho, hay un punto en el delito de inasistencia alimentaria en el cual el tema de la carga dinámica de la

prueba ha dejado ya de ser una suposición futura. Es una realidad. A pesar de que la Corte Constitucional de manera expresa no sostiene estar haciendo uso de la carga dinámica de la prueba en dos decisiones que a continuación se analizarán resulta perfectamente claro, que se está invirtiendo la carga de la prueba y que se está exigiendo una actividad probatoria de parte de la defensa. En otras palabras, de manera tácita se ha reconocido jurisprudencialmente por parte de la Corte Constitucional un manejo dinámico de la carga de la prueba en el delito de inasistencia alimentaria.

El punto arriba mencionado tiene que ver con el del salario mínimo. Tanto el Código del Menor anteriormente vigente como el actual Código de la Infancia y Adolescencia, disponen que en todo caso, de no existir prueba acerca de la capacidad económica del alimentante se presumirá que éste devenga al menos el salario mínimo. Dicha presunción admite prueba en contrario. Pero, ¿a quién corresponde la prueba de que ni siquiera se recibe un salario mínimo? ¿Quién tiene la carga de probar su incapacidad económica y por ende, de desvirtuar la presunción? El lector atento ya con seguridad lo advierte: la defensa. Es la defensa en quien recae la carga de demostrar que ni siquiera se devenga un salario mínimo para con ello enervar la presunción que en su contra pesa y que releva a la Fiscalía de la carga de probar una capacidad económica mínima. Veamos.

La sentencia C-388 de 2000 tuvo la oportunidad de abordar el estudio de constitucionalidad del artículo 155 del Código del Menor¹³. Dicho artículo, hoy derogado, pero replicado en el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia, disponía que en todo proceso, sin distinguir entre el proceso penal y otros trámites, era menester presumir que al menos, el alimentante devengaba un salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, dicha presunción permitía prueba en contrario, de parte del deudor. De cara al delito de inasistencia alimentaria y en el marco de un proceso penal, dado que la presunción no hacía salvedad alguna respecto de la posibilidad de ser aplicada en trámites de dicha naturaleza, la carga de la prueba entonces, se invertiría en perjuicio de la defensa.

¹³ El Decreto 2737 de 1989 en su artículo 155 disponía que: **Artículo 155.-** *Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos sus antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.*

Años después, en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia, la sentencia C-055 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao) tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de idéntica problemática de índole y relevancia constitucional. Tal sentencia tuvo origen con ocasión de una demanda contra –entre otros– el artículo 129 de la Ley 1098 de 2006. La norma citada, no hacía referencia expresa a la aplicación de dicha presunción en el marco de un proceso penal conducido por el delito de inasistencia alimentaria. Sin embargo, el análisis llevado a cabo por la Corte Constitucional permite entrever que la presunción es aplicable y válida en el marco de procesos penales.

Tras retomar y hacer propios los planteamientos expuestos en la sentencia C-388 de 2000, y a pesar de no haber referencia expresa en la ley a la aplicación de la presunción en el marco de procesos penales, la Corte al parecer, no tomó en cuenta dicho asunto, para extenderla a todo tipo de controversias alimentarias. Pero además, supongamos por un momento que la Corte hubiese avalado dicha presunción, solamente, para procesos diferentes de los penales. De igual forma, por vía indirecta la presunción terminaría rigiendo en lo penal, pues si la fijación de la cuota, como resultado de un proceso civil se establece en al menos un salario mínimo, conforme a la presunción, al argumentar en el proceso penal que el alimentante debe pagar la cuota así fijada, la presunción desplegaría de manera plena sus efectos, generando que la defensa tuviese que demostrar que la cuota no fue adecuadamente fijada, porque en realidad, ni siquiera se devengaba el salario mínimo, ante lo cual, no es posible derivar responsabilidad penal.

En conclusión, la aplicación de la carga dinámica en el delito de inasistencia alimentaria –en lo que se refiere a la ‘justa causa’– supone simplemente una ‘predicción’, sobre el rumbo que adoptará la jurisprudencia sobre este delito. Sin embargo, hay un punto en el delito de inasistencia alimentaria, en el cual, se pone en evidencia de manera palmaria, actualmente, la utilización de la lógica argumentativa propia de la teoría de la carga dinámica. Se trata del tema de la presunción del salario mínimo. Allí los precedentes de la Corte Constitucional han avalado que se presuma que el alimentante devenga al menos, un salario mínimo. ¿A quién corresponde desvirtuar dicha presunción? A la defensa. Se ha avalado así la inversión de la carga de la prueba para que la defensa pruebe lo que está en mejores condiciones de acreditar y lo que le conviene, eso en otras palabras, es carga dinámica según lo que la propia Sala Penal ha venido desarrollando expresamente para otros delitos.

5.2. La excepción de la verdad

La sentencia C-417 de 2009 es especialmente relevante para demostrar que el discurso sobre la relativización de la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía, no es sólo propio de la Sala Penal sino que también ha hecho mella en la estructura argumentativa de la Corte Constitucional. Parece entonces más una tendencia que tácitamente se ha venido incrustando en nuestro ordenamiento jurídico por la vía de los precedentes jurisprudenciales de las Altas Cortes. La Corte Constitucional no lo dice expresamente, pero como pasará a verse en la sentencia C-417 de 2009 se avaló una inversión de la carga probatoria en perjuicio de la defensa. Dicho precedente tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la demanda de inexequibilidad planteada contra una de las excepciones a la excepción de la verdad en el Código Penal.

El ciudadano que comete una afrenta contra la integridad moral de otro no está llamado a responder penalmente cuando demuestra la veracidad de sus afirmaciones. Esa sola construcción lingüística (incluida en el propio artículo 224 al expresar que "quien probare la veracidad de sus afirmaciones...") permite de entrada ver una inclinación normativa para que sea la defensa quien deba probar la verdad y así refutar la evidencia que presente la Fiscalía en virtud de la cual quiera demostrar la falsedad de lo manifestado por el injuriante o calumniante.

Sin embargo, la excepción de la verdad como mecanismo de defensa en los delitos contra la integridad moral, tiene excepciones consagradas en la ley. Una de ellas se circunscribe a que la afirmación calumniosa se haya referido a una conducta sobre la cual pesa una absolución dentro de un proceso penal. De manera que según el diseño original del Código Penal, el ciudadano que era procesado por el delito de calumnia no podía defenderse alegando la veracidad de sus afirmaciones, si las conductas sobre las cuales versaban sus afirmaciones ya habían sido objeto de discusión y absolución en el marco de un proceso penal. La Corte Constitucional consideró que dicho diseño legal afectaba la libertad de expresión, pero además, el derecho de defensa. No sólo el ciudadano perdería la oportunidad de expresarse y pronunciarse libremente sobre cuestiones ya debatidas en un proceso penal, sino que además, perdería la oportunidad de defenderse demostrando la veracidad de sus afirmaciones.

La excepción de la verdad entonces, fue considerada por la Corte Constitucional en esta sentencia que ahora se comenta, como un mecanismo de defensa en los procesos penales por delitos contra la integridad moral. La pregunta que surge entonces es ¿quién debe demostrar

la veracidad de las afirmaciones emitidas –que versan sobre cuestiones ya decididas en el marco de otro proceso penal– y que se juzgan como calumniosas? El lector atento con seguridad ya lo advierte: la defensa. Como se ha dicho, el discurso que se esconde tras la argumentación de la Corte, indiscutiblemente es el de la teoría de la carga dinámica de la prueba, a pesar de no hacerse expreso.

La Corte consideró que al ser la libertad de expresión un derecho de carácter preferente dentro de la sistemática constitucional, el juicio de proporcionalidad entre los derechos involucrados, ni siquiera superaba el paso de la necesidad. La restricción que dicha libertad sufría como consecuencia de la norma demandada ni siquiera se antojaba necesaria para garantizar algún fin constitucional, por lo cual y por resultar entonces afectada de manera desproporcionada la libertad de expresión, se declaró inconstitucional el artículo atacado.

Toda la argumentación de la Corte estuvo encaminada a sostener que la posibilidad de defenderse mediante la excepción de la verdad, supone la carga de la defensa de probar la veracidad de sus afirmaciones. Posibilidad que la norma demandada negaba, pero que en su operatividad práctica suponía la carga de la prueba, en cabeza de la defensa. En términos de la teoría del carga dinámica de la prueba la Fiscalía debe llevar a un juicio evidencias acerca de todos los elementos de la conducta punible, entre esos, la falsedad de lo afirmado, pero si la defensa quiere alegar la verdad de lo afirmado, debe llevar los elementos de prueba suficientes para ello. Precisamente fue para salvaguardar ese posible ejercicio probatorio que la Corte declaró inconstitucional la norma demandada.

5.3. El porte de sustancias en cantidad superior a la dosis personal

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 17 de agosto de 2011, mediante sentencia identificada con el radicado 35978 (M.P. Fernando Alberto Castro Calderón), resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Yopal en virtud de la cual confirmó la decisión de primer grado mediante la que se condenó al ciudadano Juan Carlos Vela Gómez por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

La Sala se valió de la síntesis de los hechos efectuada por el Tribunal, la cual lee así: *“El 13 de mayo de 2010, siendo aproximadamente las 5.30 de la tarde, fue capturado en flagrancia el joven JUAN CARLOS VELA GÓMEZ en el municipio de Tauramena (Casanare). Portaba la CASACIÓN N°35978 Juan*

Carlos Vela Gómez cantidad de 79.9 gramos de marihuana, le fue imputado el delito de porte de estupefacientes”.

La Corte entonces tuvo la oportunidad de analizar si el Acto Legislativo 02 de 2009 había tenido la virtualidad de derogar la noción de ‘dosis mínima’ en el ordenamiento jurídico colombiano. Por el contrario, la Sala concluyó que la dosis mínima y personal –como concepto jurídico– continuaba vigente, por lo cual, el ciudadano aprehendido con dichas cantidades de estupefacientes, con ánimo de consumo personal, no era responsable penalmente. Conclusión a la cual arribó con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo personal dentro de los límites de la dosis personal, dado que éstas no afectan la salud pública, como bien jurídico penal.

En desarrollo de lo anterior la Sala consideró que en un caso de porte de sustancias en una cuantía considerablemente superior a la dosis personal, si bien la defensa podía cumplir con la carga de demostrar la adicción, se presumía en cabeza del ciudadano el ánimo o la intención de distribución. Dicho en otros términos, la Corte construyó una presunción en contra de los ciudadanos que portan cantidades ostensiblemente superiores a las permitidas. Presunción que se mantiene, no obstante logren demostrar adicción. Dicha presunción consiste en que dada la posesión de dicha cantidad, se infiere necesariamente que el ciudadano no busca únicamente su consumo personal. La Sala no tuvo oportunidad de clarificar si dicha presunción admitía o no prueba en contrario. A las luces de una filosofía garantista es dable suponer que cuando menos, admite prueba en contrario. Quiere decir lo anterior que invirtió la carga de la prueba, para asignarle a la defensa la obligación de demostrar algo que la favorece: el uso personal del estupefaciente. Puede verse entonces que si bien no se hizo un uso expreso de la teoría de la carga dinámica, la Sala realmente se valió en dicha sentencia de una relativización de la carga en cabeza de la Fiscalía para redistribuirla al atribuir a la defensa la prueba de algo que la favorece. En otras palabras, se utilizó como fundamento de la decisión, el mismo esquema discursivo que subyace el aparato teórico de la carga dinámica de la prueba en materia penal, haciendo entonces uso y aplicación de manera táctica, de dicha teoría¹⁴.

¹⁴ En contravía de todo lo anterior, se pueden encontrar al menos dos ejemplos en los que se demuestra que la tendencia de la redistribución de la carga de la prueba al interior del proceso penal no es absoluta, evidenciándose así una supervivencia de la presunción de

6. *El primer momento en el cual la jurisprudencia colombiana flexibilizó la carga probatoria en cabeza de la Fiscalía, es decir, el origen de la teoría de la carga dinámica en materia penal.*

Como se verá a continuación, en la jurisprudencia constitucional sobre el delito de enriquecimiento ilícito de particulares puede identificarse el primer momento de nuestra historia judicial en el cual se avaló la inversión de la carga de la prueba en el marco de un proceso penal. Así, la Corte insistió en no quererlo dejar ver así, eso fue lo que se avaló en el año 1996 abriendo la puerta para la relativización de la carga en cabeza de la Fiscalía, llamada de manera expresa 'carga dinámica' y que tácitamente, también, ha penetrado en el discurso argumentativo de las Altas Cortes colombianas.

Tanto la Corte Constitucional como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han tenido la oportunidad de pronunciarse en sendas ocasiones acerca del delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Sin embargo, de manera paradigmática, la problemática constitucional de este delito en relación con la presunción de inocencia, fue abordada en la sentencia C-319 de 1996. Dicha providencia analizó de manera concreta el cargo que un ciudadano planteó contra el delito en comento, basado en la presunta inversión de la carga de la prueba que la estructura típica del mismo suponía. Como se podrá ver tras analizar el fallo, fue este el primer momento en la jurisprudencia colombiana en el cual se avaló una relativización de la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía. En otras palabras, al parecer, mediante este precedente, se hizo aplicación por vez primera de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal, al menos de manera tácita.

No en vano, fue a partir de este delito que casi una década después la Sala Penal comenzó a desarrollar la aplicación expresa de esa teoría en materia penal. Tanto el enriquecimiento ilícito de servidor público como el de particular, estaban penalizados en el año 1996. Fueron esas dos normas las que al ser demandadas generaron la producción de la sentencia C-319 de 1996. El demandante consideró que el término 'no justificado', previsto en las normas cuya inconstitucionalidad se perseguía, violaba el debido

inocencia. Se trata de las sentencias T-590 de 2009 y C-205 de 2003. La primera de ellas se refirió a la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en procesos de extinción de dominio, y la segunda, a la declaratoria de inexistencia del delito de comercio de autopartes usadas. En ambos casos la Corte Constitucional dejó sentado que la presunción de inocencia debe prevalecer, derivándose como corolario lógico de ello, la asignación exclusiva de la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía.

proceso, por trasladar la carga de la prueba al sindicado. En opinión del actor, el procesado quedaba obligado a justificar sus ingresos cuando era la administración de justicia la que debía encontrar los medios probatorios que acreditaran el incremento ilícito del patrimonio.

La Corte consideró para el caso del enriquecimiento ilícito de servidores públicos que la explicación que éstos brindan sobre su estado patrimonial a la vez que un ejercicio de su derecho de defensa, es un deber que asumen por la calidad que han decidido ostentar. Por ende, es permisible que el Estado exija explicaciones de éstos en cuanto a su estado patrimonial se refiere. Además la Corte precisó que el Estado dentro de la persecución penal tenía únicamente la carga de demostrar una diferencia patrimonial, pudiendo PRESUMIR que es injustificado el incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable desde el punto de vista económico y legal. En consecuencia la Corte consideró que el ente investigador no tenía que preocuparse por eliminar toda posible justificación, sino que podía presumir la falta de justificación a partir de la desproporción. Así no lo diga expresamente la Corte, ¿a quién corresponde entonces desvirtuar esa presunción y demostrar la justificación de su incremento? A la defensa. La Corte se empeña en argumentar que la carga de la prueba no se invierte, pero con facilidad se puede ver que la argumentación utilizada tiene la clara orientación de sostener una relativización de la carga en cabeza del Estado.

Respecto del enriquecimiento de particulares, a pesar de las diferencias que guarda con los servidores públicos, respecto del cargo planteado por el actor, la Corte declaró su constitucionalidad. Sostuvo el fallo que los particulares tenían en todo momento el deber de explicar la naturaleza, origen y proveniencia de sus recursos. En opinión del Alto Tribunal es permanente el deber de colaboración de los ciudadanos por lo cual su silencio o sus defensas carentes de sustento pueden demeritar su posición. Nótese que aquí la Corte utilizó exactamente el mismo lenguaje que casi una década después, como ya se analizó en páginas precedentes, empleó la Sala Penal para justificar la aplicación expresa de la teoría de la carga dinámica de la prueba para el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. La filosofía discursiva es idéntica: el ciudadano debe demostrar lo que le sea favorable pues su silencio o su falta de actividad probatoria frente al material que contra él presente la Fiscalía, pueden generar la declaratoria de su responsabilidad penal. El ciudadano debe probar lo que le favorezca y además, en lo que respecta a sus fluctuaciones patrimoniales, tiene el deber de justificarlas al Estado.

En conclusión puede verse que la Corte aplicó de manera tácita la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal pues avaló que la Fiscalía limitara su carga probatoria a la demostración de un incremento patrimonial mientras que la justificación de dicho incremento correspondía no sólo como derecho (de defensa) sino también como deber (ciudadano) al procesado. Se avaló entonces la necesidad de la demostración de la licitud del incremento patrimonial por parte del ciudadano como refutación de las pruebas que allegara la Fiscalía contra él. Fue esa la idea central del argumento planteado por la Corte, gracias a lo cual es válido inferir que la estructura discursiva se identifica plenamente con la utilizada en la teoría de la carga dinámica.

De manera que el primer momento en el cual la jurisprudencia colombiana se valió de herramientas teóricas que suponían cargas probatorias en cabeza de la defensa, fue éste: el de la emisión de la sentencia C-319 de 1996. El hito jurisprudencial en Colombia, en esta materia, sin duda se encuentra en dicha providencia. Fue ese el precedente que labró el camino para que en adelante, ya fuera reconociéndolo de manera expresa o tácita, se avalara una matización de la carga de la prueba absoluta en cabeza de la Fiscalía. Fue en 1996 cuando empezó el camino que hoy no ha parado de ser construido por la Sala de Casación Penal.

7. Algunas conclusiones finales

A manera de conclusión pueden plantearse las siguientes ideas:

1. La teoría de la carga dinámica de la prueba ha venido siendo desarrollada de manera expresa en algunos casos por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tanto bajo la vigencia del sistema de tendencia inquisitiva como bajo la vigencia del actual sistema de tendencia acusatoria.
2. Bajo la vigencia del sistema de tendencia acusatoria se ha desarrollado dicha teoría con mayor amplitud.
3. La Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema han desarrollado argumentaciones, en ciertos casos, que se identifican plenamente con el aparato lógico y discursivo que subyace a la teoría de la carga dinámica de la prueba. Dicha tendencia argumentativa se ha denominado en este escrito como aplicación tácita de la teoría de la carga dinámica.

4. Históricamente en el derecho colombiano, puede observarse el origen de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal (o por lo menos de intentos de relativizar o flexibilizar la carga en cabeza de la Fiscalía) en el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

5. Lo que ha sido considerado como 'carga dinámica' por parte de la Sala Penal no coincide necesariamente con el desarrollo de dicha noción a partir de la doctrina del derecho probatorio en general. De hecho, lo que es dinámico para la Sala Penal, esto es, la prueba de los hechos que benefician, no dista de la carga general del derecho probatorio en el C. de P.C. Pues bien, como se vio en su momento, algún sector de la doctrina (e incluso la misma Sección Tercera del Consejo de Estado) considera que el artículo 177 del C. de P.C., niega la posibilidad de aplicar la teoría de la carga dinámica, a pesar de que otro sector autoral como por ejemplo, el integrado –entre otros– por el profesor Jaramillo, manifiesta que la inteligencia del 177 no se opone a dinámicas probatorias y por ende, avala cierta flexibilización. En otras palabras, si bien la Sala Penal ha promovido una morigeración de la carga en cabeza de la Fiscalía, a veces bajo el rubro de la apellidada teoría de la carga dinámica, y en otras ocasiones, sin recurrir a dicha denominación, especialmente en un segundo momento de su jurisprudencia en vigencia del sistema acusatorio, lo ha hecho desde la inteligencia del artículo 177 del C. de P.C., aunque sin citarlo expresamente, cuando curiosamente, no es unánime que dicha norma permita cargas dinámicas, y cuando, en todo caso, la carga dinámica tiene otro significado en el derecho probatorio en general.

6. De ahí que quienes afirman que la racionalidad del artículo 177 del C. de P.C. no se opone a la utilización, aplicación y desarrollo de la teoría de la carga dinámica de la prueba, tengan algo de razón, dado que la lógica de esa norma es la que ha venido siendo usada por la Sala Penal como herramienta para labrar el camino de la carga dinámica de la prueba en materia penal, que aunque no coincida con su significado doctrinal tradicional, en todo caso busca una flexibilización probatoria en el enjuiciamiento criminal.

7. La filosofía es la misma, prescindiendo de las nominaciones: tanto en el derecho probatorio en general como en el penal hay una tendencia de morigerar las cargas estáticas, en el primero, bajo varios mecanismos que buscan suavizar –siendo uno de ellos la carga dinámica– y en el segundo de ellos, bajo la utilización expresa de dicha teoría, aunque en ocasiones no coincida con su significado doctrinal, o incluso, sin recurrir a su utilización.

8. La carga de la prueba como regla de juicio, supone resolver desfavorablemente para los intereses de la parte, el vacío probatorio que resulte, si ésta era quien debía proporcionar la prueba para llenarlo. La aplicación de la teoría dinámica en materia penal, supone esencial y finalmente eso: producir una sentencia contraria a los intereses de la defensa (condena) cuando a ella le correspondía la prueba de un hecho, que no proporcionó, dejando en consecuencia una laguna probatoria.

9. Pero; ¿qué es una laguna probatoria, sino, una duda? Nótese que la sentencia producida para el delito de omisión de agente retenedor (sentencia 31147 del 13 de mayo de 2009) reseña que el Tribunal de segunda instancia en su momento expresó: *"En esas circunstancias, dice, surge la **duda** frente al efectivo recaudo de los dineros declarados por concepto del IVA, lo cual lleva a considerar que los mismos no ingresaron al patrimonio del procesado.* (Subrayas fuera del texto original). Nótese que el Tribunal expresamente reconoció la presencia de DUDA. ¿Qué hizo la Sala Penal en sede de casación frente a esa duda? ¿Ese vacío? ¿Ese punto de debate fáctico que estaba ausente o carente de sustento y fundamento probatorio? Teniendo en cuenta que para la Sala, la carga (por aplicación de la teoría dinámica) de proporcionar ese fundamento probatorio, es decir, de allegar la prueba que demostrara la falta del efectivo recaudo de las sumas de dinero, correspondía a la defensa, la duda se resolvió en su contra, aplicando la regla de juicio connatural a la carga de la prueba. Parece ser entonces que la carga dinámica en materia penal, lo que supone en realidad, es la resolución de la duda en contra del procesado, pues si a éste le corresponde probar, y no satisface esa carga, la duda resultante en el acervo probatorio al momento de valorarla, será resuelta de manera desfavorable para sus intereses. ¿Cómo puede valorarse esa situación desde el derecho constitucional y los derechos humanos? ¿Qué puede decirse de nuestra reciente jurisprudencia, si la duda se está resolviendo en contra del procesado?

10. La noción de la 'regla de juicio' clásica que se desprende de la carga de la prueba, no tenía aplicación en el derecho procesal penal, antes de la teoría dinámica, sino únicamente respecto de la Fiscalía, quien teniendo la carga de desvirtuar la presunción de inocencia, de no hacerlo más allá de toda duda razonable, dejando precisamente, duda, en cabeza del juez, se vería afectada con una decisión absolutoria, pues en ningún caso el juez penal podría producir fallos inhibitorios por ausencia de prueba.

Bibliografía

Corte Constitucional de Colombia:

- Sentencia C-127 de 1993.
- Sentencia C-319 de 1996.
- Sentencia C-237 de 1997.
- Sentencia C-374 de 1997.
- Sentencia C-215 de 1999.
- Sentencia C-388 de 2000.
- Sentencia C-774 de 2001.
- Sentencias SU-1300 de 2001.
- Sentencia C-1154 de 2005.
- Sentencia C-205 de 2003.
- Sentencia C-740 de 2003.
- Sentencia C-417 de 2009.
- Sentencia T-590 de 2009.
- Sentencia C-055 de 2010.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal):

- Sentencia 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 24468 del 30 de marzo de 2006.
- 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 13 de mayo de 2009.

Sentencia 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 de mayo de 2011.

Sentencia 35978 del 17 de agosto de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Sentencia del 18 de agosto de 2000. Caso Cantoral Benavides.

Corte Suprema de Justicia de los EEUU:

Caso Adamson contra California (332 U.S. 46).

Caso Griffin contra California (380 U.S. 609).

Doctrina:

BETANCOURT RESTREPO, Sebastián. *La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal*. Revista *Ratio Juris*. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Vol. 5. N° 11. Julio-diciembre de 2010. (pp. 25-44)

DI VIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Editorial ABC. Bogotá D.C., Colombia. 1995. 5ª edición.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. Madrid. 1997. Segunda edición.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Prólogo de Ricardo de Ángel Yáguez. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., Colombia. 2011. 1ª Reimpresión. Colección Ensayos, N° 11.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano. Volumen 3. Pruebas*. DUPRÉ. Bogotá. 2000.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá. 2011. Decimoctava edición.

Normas:

Código Civil.

Constitución Política de Colombia de 1991 y sus reformas.

Decreto 2737 de 1989.

Decreto 2700 de 1991.

Ley 74 de 1968.

Ley 16 de 1972.

Ley 333 de 1996.

Ley 256 de 1996.

Ley 472 de 1998.

Ley 599 de 2000 y sus reformas.

Ley de Enjuiciamiento Civil de España–2000.

Ley 793 de 2002 y sus reformas.

Ley 600 de 2000.

Ley 906 de 2004 y sus reformas.

Ley 1098 de 2006 y sus reformas.

Tratados y documentos internacionales:

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José).

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal–Reglas de Mallorca.