

LA CARGA DE LA PRUEBA: ASPECTOS TEÓRICOS Y DOGMÁTICOS

Editores académicos:

LUIS BERNARDO RUIZ JARAMILLO
DAVID SIERRA SOROCKINAS

Autores:

ANDREA PLANCHADELL-GARGALLO
DAVID SIERRA SOROCKINAS
IGNACIO M. SOBA BRACESCO
JOHANN BENFELD
JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER
LUIS BERNARDO RUIZ JARAMILLO



tirant lo blanc
Bogotá D.C., 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

La carga de la prueba: aspectos teóricos y dogmáticos / Luis Bernardo Ruiz Jaramillo y David Sierra Sorockinas, editores académicos; autores, Andrea Planchadell-Gallardo ... [y cinco más]. – 1. Edición. – Bogotá: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; Tirant lo Blanch; Universidad Autónoma Latinoamericana, 2023.

285 páginas.

ISBN: 978-84-1169-811-5 (papel)

ISBN: 978-84-1169-812-2 (digital)

1. Carga de la prueba - Investigaciones. 2. Presunción de inocencia. I. Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo, editor, autor. II. Sierra Sorockinas, editor, autor. III. Planchadell-Gallardo, Andrea, autora. IV. Soba Bracesco, Ignacio M., autor. V. Benfeld, Johann, autor. VI. Gómez Colomer, Juan Luis, autor. VII. Título.
LC: K2263

CDD: 347.06 ed. 23

Catalogación en publicación de la Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

© Universidad de Antioquia

© Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA

© Autores: Andrea Planchadell-Gargallo

David Sierra Sorockinas

Ignacio M. Soba Bracesco

Johann Benfeld

Juan Luis Gómez Colomer

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

Calle 11 # 2-16 (Bogotá D.C.)

Telf.: 4660171

Email: tlb@tirant.com

Librería virtual: www.tirant.com/co/

ISBN: 978-84-1169-811-5

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Índice

<i>Presentación. Algunos apuntes sobre la carga de la prueba</i>	9
LUIS BERNARDO RUIZ JARAMILLO DAVID SIERRA SOROCKINAS	
<i>Capítulo 1. La carga de la prueba, una resignificación conceptual....</i>	31
LUIS BERNARDO RUIZ JARAMILLO	
<i>Capítulo 2. Los estándares probatorios y la relajación probatoria</i>	91
ANDREA PLANCHADELL-GARGALLO	
<i>Capítulo 3. Sesgos normativos y sobrecargas probatorias. Consideraciones críticas sobre la posible incorporación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en la legislación procesal civil chilena</i>	147
JOHANN BENFELD	
<i>Capítulo 4. Pensando las presunciones y la carga de la prueba en tiempos de protocolos. Énfasis en los protocolos para prevenir el acoso y en los protocolos médicos.....</i>	183
IGNACIO M. SOBA BRACESCO	
<i>Capítulo 5. Una reconsideración del principio de la presunción de inocencia y de la libre valoración de la prueba en el proceso penal: El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad.....</i>	219
JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER	
<i>Epílogo. Reflexiones finales sobre la carga de la prueba.....</i>	265
DAVID SIERRA SOROCKINAS	
<i>Autores</i>	283

Presentación.

Algunos apuntes sobre la carga de la prueba

LUIS BERNARDO RUIZ JARAMILLO*

DAVID SIERRA SOROCKINAS**

I. CONTEXTO INICIAL

Este libro sobre la carga de la prueba, dirigido a la comunidad académica y a los operadores del derecho, es un esfuerzo conjunto entre la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín¹ y la editorial Tirant lo Blanch; esfuerzo que se realiza teniendo en cuenta la necesidad de exponer as-

* Profesor titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia —UdeA— e integrante del grupo de investigación Estado de Derecho y Justicias en la misma institución.

** Profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana —Unaula— e integrante del grupo de investigación en Derecho Administrativo en la misma institución.

¹ La financiación de este libro proviene del convenio específico de colaboración entre la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia —UdeA— y la Universidad Autónoma Latinoamericana —Unaula—, suscrito el 30 de noviembre de 2020, para el desarrollo del proyecto de investigación titulado “La carga de la prueba y su flexibilización en el Código General del Proceso colombiano, estudio teórico y dogmático”; proyecto que se encuentra inscrito mediante acta CODI 2020-31930 (20/04/2020) en la UdeA, y con el FT-INV-012 en la Unaula. Además, se adscribe a los grupos de investigación en Derecho Administrativo, de la Unaula, y Estado de Derecho y Justicias, de la UdeA.

pectos teóricos y dogmáticos en torno al tema. En el marco de esta unión institucional, se hizo una convocatoria para obtener los textos que se publican en este volumen, titulado *La carga de la prueba: aspectos teóricos y dogmáticos*. Es así, pues, como se presentan diversos aspectos del campo en países como España, Chile, Uruguay y Colombia. Fruto de la convocatoria recibimos diversos artículos, lo que muestra un interés de la comunidad académica por los problemas tratados en esta obra colectiva.

El libro compila artículos distribuidos en capítulos, los cuales abordan de distintas maneras los problemas más significativos en torno a la carga de la prueba; algunos textos incluso sostienen tesis minoritarias —o que no compartimos los editores—, las cuales decidimos finalmente incluir en esta obra, como muestra de un compromiso con la diversidad de pensamientos. No obstante lo variopinto que pueda resultar el tratamiento de algunos problemas, todos los textos se inscriben en la temática general de la carga de la prueba. Por supuesto, existe un hilo conductor, con una metodología específica, que delimita la comprensión del problema y deja por fuera asuntos que podrían estar relacionados, pero que exceden el compromiso del trabajo.² Vale decir que este libro expresa un interés marcado por los problemas jurídicos desde la teoría de la prueba y la dogmática procesal. Por ello, el límite epistémico acogido permite profundizar en algunos problemas conceptuales y normativos relevantes para el dominio.

² Verbigracia, una perspectiva sociojurídica, una ética o una desde la política jurídica, por citar algunas formas de abordar el problema, no son consideradas en este libro, toda vez que decidimos circunscribirnos al ámbito técnico de los problemas del campo, es decir, aquellos de orden conceptual y normativo.

1. Consideraciones metodológicas y éticas de la obra

Queremos resaltar que, por resultar del esfuerzo de varios académicos sin un vínculo estrecho, pero reunidos por la afinidad temática de la obra, este libro desarrolla algunas ideas que —no sobra reiterarlo— podrían ser incompatibles entre ellas o generar algunos desacuerdos profundos. Dicho lo anterior, nosotros como editores (y en el caso de Luis Bernardo Ruiz J., como autor también de un capítulo temático) asumimos un esquema conceptual y ético que enmarca nuestra propia construcción teórica del tema.³ Más adelante en esta presentación, intentaremos exponer los aspectos epistémicos más relevantes, para que el lector sea consciente de los sesgos (sin un sentido peyorativo del término) y tenga una mejor comprensión de la lectura crítica que hacemos a cada uno de los textos enviados por nuestros colegas a la convocatoria de publicación.

Los dos criterios iniciales que aplicamos para la selección de los textos fueron los siguientes: rigurosidad académica y buena argumentación de las tesis. Estos criterios, aunque amplios, estaban encaminados a una evaluación de coherencia interna del discurso y un nivel aceptable de armonía con los sistemas jurídicos particulares, cuando el texto tiende a un ejercicio dogmático. Por otra parte, aceptamos nuestras propias limitaciones cognoscitivas acerca de temas puntuales, lo que no nos exculpa de hacer un examen crítico aun como observadores externos.

En la evaluación dogmática, consideramos que existe una dependencia al sistema jurídico particular⁴ en cuanto a la cons-

³ Esto se verá reforzado en el epílogo crítico de este trabajo.

⁴ Véanse, por ejemplo, Courtis (2006) y Nino (1974), quienes señalan las limitaciones que tienen el ejercicio dogmático y la dependencia a criterios normativos y morales. En el caso especial de Carlos San-

trucción de soluciones. Ahora bien, para el análisis de las propuestas no intentamos hacer un ejercicio de derecho comparado, pues no usamos una metodología específica e, incluso, en muchos casos, tal ejercicio terminaría siendo una tarea incommensurable (cfr. Nelken, 2021).

2. Consideraciones constitucionales

Pese a su carácter eminentemente teórico y dogmático, las reflexiones anotadas no pueden comprenderse a cabalidad sin tener en cuenta el contexto en el que surgen y las consecuencias prácticas de su aplicación. En efecto, aunque el fenómeno probatorio corresponde a uno de los ámbitos más técnicos de la aplicación del derecho, las transformaciones conceptuales que pueden identificarse en el campo también son reflejo de problemáticas de tipo político que inciden directamente en su configuración.

Al constituir un elemento clave en la heterocomposición de los conflictos, las reglas de orden probatorio condicionan las dinámicas de poder entre los sujetos en pugna. En últimas, las condiciones que se imponen a la prueba inciden de manera directa en el equilibrio del proceso, al igual que en las dificultades a las que deben sobreponerse las partes para obtener una decisión favorable a sus intereses. De esta forma, los problemas planteados a lo largo del libro no constituyen asuntos meramente conceptuales o normativos, sino que dan cuenta de tensiones políticas actuales en torno a la concepción del Estado y al rol que se le atribuye a la administración de justicia.

tiago Nino, es posible exigir el deber epistémico del dogmático de la enunciación de los valores morales, políticos y epistémicos. En síntesis, solo cuando se hacen explícitos los valores pueden discutirse las soluciones dadas de forma racional.

Dependiendo de los criterios y aspectos con que se conciba la función judicial, la atribución de mayores cargas a una de las partes puede estimarse como justa o excesiva. Por ello, el análisis dogmático y conceptual de las cuestiones aquí planteadas no puede considerarse ajeno a las dinámicas en los que estas se inscriben. Por el contrario, las modificaciones en materia probatoria que pueden identificarse en ámbitos como la responsabilidad médica, la protección constitucional de ciertas poblaciones, el litigio laboral o el proceso penal, evidencian una reconfiguración de la ideología que orienta la actividad estatal y del lugar que, en tal esfera, se les atribuye a ciertos intereses en conflicto.

Nociones como la de eficientismo procesal, que condicionan en buena medida el catálogo de garantías y restricciones que se imponen a lo largo del proceso, resultan esenciales para encuadrar las discusiones técnicas que se pretende abordar dentro de un contexto más amplio, y no como meras variaciones casuales en la configuración del derecho procesal.

No obstante lo expresado, el presente volumen no pretende agotar la discusión en torno a las causas del fenómeno, sino ofrecer un escenario para la confrontación de las diversas posturas que surgen a su alrededor. Por ello, los capítulos que lo conforman abordan específicamente algunas de dichas problemáticas, siguiendo un hilo conductor que busca revisar algunas de las tensiones, contradicciones y discusiones que pueden identificarse en el campo.

II. ABORDAJE EPISTÉMICO

Es pertinente resaltar que la carga de la prueba es un concepto susceptible de estudiarse desde ámbitos como la epistemología hasta la dogmática jurídica, pasando por la argumentación jurídica y la teoría normativa del derecho. En efecto, se pueden realizar análisis teóricos y abstractos de esta institución

y, asimismo —es lo más común—, hacer estudios fragmentarios en consideración a la fuerte dependencia de esta a un sistema jurídico concreto. Ciertamente, desde el ámbito teórico-filosófico, como Taruffo (2017), se tiene en cuenta que la carga de la prueba cumple una función epistémica, pues impone a la parte que alega los hechos demostrar con pruebas que sí se encuentran en verdad verificados. Se observa, pues, que desde un aspecto de la epistemología, la carga de la prueba como otros asuntos del ámbito probatorio están incluidos dentro de los problemas conocidos como la evidencia y la agencia epistémica. Algunas posturas teóricas del derecho probatorio trasladan estas discusiones a ser aspectos básicos del campo epistémico. Así, muchas de las discusiones se fundamentan en una axiología epistémica (el fin del proceso es la verdad,⁵ por citar un ejemplo de estas posturas).

Al mismo tiempo, como se ha visto, puede hablarse de carga probatoria civil o penal. También, en el derecho constitucional, en virtud de la argumentación con base en el principio de proporcionalidad es viable la aplicación de la carga dinámica en eventos específicos en los que se compromete el derecho a la igualdad en las situaciones de subjetivación social.

Este libro no es ajeno a esta situación. Al ser una obra colectiva, el texto navega entre las reflexiones generales y abstractas, entre ejercicios teóricos y debates puntuales anidados en un sistema jurídico particular. Cada uno de los capítulos, no obstante, tiene sus propias sendas que conllevan una mezcla de lo explicativo y lo prescriptivo en la argumentación.

⁵ La carga de la prueba es política legislativa que opera en la sentencia para definir la litis con cosa juzgada en caso de la indeterminación de los hechos. Cfr. Taruffo (2012), Ferrer Beltrán (2007) y De Paula Ramos (2020).

Sin pretender ser exhaustivos, con las bases conceptuales presentadas, es posible determinar algunos problemas relacionados con la carga probatoria, tanto en el campo del estudio del derecho como en la práctica jurídica. Comencemos por la problemática más general y teórica, que se vincula con el concepto de carga de la prueba. La delimitación de un concepto, independientemente de su vinculación con un sistema jurídico particular, permite, en primera instancia, construir un esquema capaz de demarcar los aspectos semánticos, con el que luego se puede hacer un análisis normativo. De este primer entendimiento se desprenden debates en torno a la unidad o la pluralidad conceptual. Los aspectos objetivo y subjetivo se evalúan, ora como facetas de una institución general, ora como instituciones diversas sin afinidad más allá de la terminológica.

Así, al tratarse de un marco general, se requiere precisar el significado del concepto carga de la prueba, que permite agrupar una serie de problemas relevantes para el campo de estudio. Para tal efecto, en el ámbito de la familia de sistemas jurídicos codificadores —o de *civil law*, para usar un anglicismo de uso corriente—,⁶ la carga de la prueba ha tenido diversos entendidos, los cuales podríamos sintetizar, *grosso modo*, como (i) un concepto normativo que comporta dos aspectos: el objetivo, dirigido principalmente al juez, y el subjetivo, a las partes; (ii) una necesidad de aportación probatoria y (iii) como criterio de incumbencia probatoria. Así, pues, la carga probatoria se entiende en sus aspectos objetivo y subjetivo, como se ve luego; pero también se concibe como necesidad de aportación de prueba cuando se dice, por ejemplo, que hay carga en la aplicación de las presunciones o en las exigencias de un grado de

⁶ Pese a la falta de precisión semántica y teórica, a lo largo de este trabajo se preferirá el extranjerismo por su uso extendido dentro de la comunidad. Sobre las familias de sistemas jurídicos, se sigue la propuesta de Losano (2007, pp. 31 y ss.).

suficiencia probatoria. También se habla de carga probatoria según la legislación particular, sea civil, penal o constitucional.

Sobre los aspectos objetivo y subjetivo de la carga probatoria hay que mencionar que, para algunos autores, esta se concibe como una única institución con múltiples reglas; allí lo que habría que distinguir, entonces, serían las reglas (con sus respectivos sujetos).⁷ Otros afirman, por el contrario, que la carga de la prueba implica dos instituciones diversas y, por ende, los epítetos “objetiva”⁸ y “subjetiva” no son meras modulaciones de semánticas, sino que establecen dos conceptos diferentes. En este ámbito, algunos señalan la irrelevancia de cada uno de los conceptos por separado.⁹

⁷ La concepción de carga de la prueba como regla de juicio (sentido objetivo) y como regla de conducta de las partes (sentido subjetivo) fue sostenida por Devis Echandía (1967, p. 605) desde la década de 1960, y aún en la actualidad se sigue manteniendo en el medio colombiano por parte de la jurisprudencia y de cierta doctrina.

⁸ En relación con el contenido de regla de juicio, Rosenberg (1956, pp. 11-38) propone que se prefiera utilizar otra expresión: *carga de la certeza*. Si bien esta idea no es desarrollada por el autor de manera amplia y sistemática, tal advertencia pone en discusión el sentido de considerar que la concepción subjetiva de la carga de la prueba es imprescindible, ya que la regla de juicio examina la conducta de las partes para decidir a quién desfavorecer.

⁹ Es el caso de Ferrer Beltrán (2019) y Giannini (2019) con respecto al concepto de carga de la prueba subjetiva. Por su parte, Taruffo (2019) cambia su pensamiento sobre la carga de la prueba y considera que el sentido objetivo de esta se encuentra implícito en la aplicación del derecho. También considera Taruffo (2019, pp. 19-21) que la institución de la carga de la prueba no sirve para uno de los fines epistémicos que se le han asignado: enaltecer el peso probatorio, bajo la idea de que propende por la presentación de todas las pruebas para maximizar el peso probatorio, como instrumento para una mejor justificación epistémica de la decisión sobre los hechos; pues considera que este instituto no es útil a tal propósito, ya que el interés mismo de las partes de alcanzar el derecho sustancial es suficiente.

En el entendimiento normativo, la carga de la prueba opera principalmente como regla supletoria o sucedánea en las situaciones en las que se presenta insuficiencia probatoria sobre los hechos que habilitan la aplicación de una norma por parte del juez y que este debe decidir en la sentencia judicial, a fin de evitar el *non liquet*.¹⁰ Según Devis Echandía (1981, pp. 427-430), esta regla tiene dos componentes: el objetivo y el subjetivo. El objetivo constituye un componente dirigido al juez en las situaciones de umbral epistémico,¹¹ ora por ausencia de prueba, ora por insuficiencia probatoria que supere los estándares aceptados (cfr. Tuzet, 2021) en la sentencia y, por tanto, implique decidir de fondo en contra de la parte a la que le incumbe la prueba. El subjetivo, por su parte, es un contenido dirigido a las partes, y se señala aquello que les incumbe probar en el proceso judicial. En este entendido de la carga de la prueba, los componentes objetivo y subjetivo se encuentran imbricados, puesto que del subjetivo se desprende el objetivo (cfr. Devis Echandía, 1981; Rosenberg, 1956, y Micheli, 1961).

Ya en un ámbito a caballo entre la teoría general y la dogmática, las problemáticas centrales de la carga de la prueba se relacionan con el entendimiento de la institución jurídica en la dinámica judicial, esto es, dentro del dominio del derecho procesal. Este sería el segundo caso, antes presentado. En este escenario, como se ha visto, se suele entender que diversas figuras sustantivas, procesales o extraprocesales del orden jurídico, tienen en común el implicar una distribución de la incumbencia probatoria para las partes. En esta esfera, pues, la discusión se centra en las partes, y tales figuras están dirigidas muchas veces al normativizador, en un discurso de *lege ferenda*.

¹⁰ Es decir, una decisión en la que se suspende el juicio, dicho en términos epistémicos y normativos.

¹¹ Es decir, cuando no sea posible superar el nivel de ignorancia de un agente.

En la teoría general podemos apreciar un enfoque epistémico de la carga probatoria que se centra en las reflexiones y discusiones relacionadas con el papel de la agencia del juzgador —juez profesional o jurado— (cfr. Haack, 2014 y Tuzet, 2021).

Así, la carga de la prueba tiene aplicación frente a otras figuras del orden jurídico distintas a la sentencia. Son instituciones diversas entre sí, que pueden ser procesales y extraprocesales, pero se caracterizan por tener un efecto distributivo de la aportación probatoria entre las partes. Es posible entender este sentido como una modalidad de carga subjetiva de la prueba. Ejemplo de esto sería el requisito probatorio que hay que suplir para la admisibilidad de ciertas demandas en diversos procesos como el civil, el laboral o el contencioso administrativo (verbigracia, el aporte de documentos para establecer la legitimación en la causa, el título ejecutivo, la prueba de la propiedad y la promesa de compraventa); asimismo, el efecto distributivo probatorio de las presunciones legales o de derecho, y los efectos de cargas procesales —como las presunciones de hecho cierto— o del indicio tasado como grave y el cumplimiento de la suficiencia (estándar) de prueba para las medidas de aseguramiento en penal.¹² Lo particular de estas situaciones es que la carga probatoria cumple la función de señalar el requisito probatorio que le corresponde suplir a cada parte frente a cada una de estas instituciones, pero no opera propiamente como regla supletoria o sucedánea, para evitar el *non liquet* ante el umbral epistémico.

¹² Devis Echandía (1981, pp. 494-510) señala que la carga de la prueba tiene aplicación ante situaciones de derecho sustancial, como la prueba de la posesión, la pertenencia, el dolo, la culpa, la simulación y la autenticidad de documentos; también en asuntos procesales, como la admisión de la demanda, el traslado de la demanda, los incidentes, la tacha por falsedad, la recusación, la litispendencia, la tacha de un testigo y en las negaciones.

En la perspectiva teórica y general puede verse que, en los discursos dentro de los sistemas jurídicos, se habla de la carga de la prueba con diversos contenidos, entre ellos, la regla general para los procesos civiles, laborales, administrativos, penales y constitucionales. Aquí se parte de la idea de que la carga de la prueba tiene un contenido definido de antemano en el ordenamiento jurídico, a través de una norma positiva general cuya fuente es la ley o la jurisprudencia.

Cuando dicha regla no está establecida antes del proceso, recae en el fallador establecer una regla *ad hoc*,¹³ en esta modalidad se habla de la “carga dinámica de la prueba”. Veamos: si en un sistema jurídico particular en los procesos dispositivos, la activación del aparato judicial implica ordinariamente que sea

¹³ No obstante, en los sistemas jurídicos modernos las fuentes normativas limitan la capacidad normatizadora del juez, debido a los mandatos de optimización, los principios o la asunción de compromisos éticos, sociales y políticos. Según Bustamante Rúa (2014, pp. 463-464), esto sucede en las reformas legislativas procesales que paulatinamente van incorporando mecanismos de protección de los derechos humanos, de los derechos multiculturales y de mayores garantías para las víctimas de los delitos, que el normativizador (sea el legislador o el juez) debe considerar en la construcción de las reglas. En el campo de la discriminación social, por ejemplo, aparece el denominado “derecho antidiscriminatorio”, el cual, según Rodríguez Álvarez (2020, pp. 90-96), tiene su fundamento en el principio de igualdad en sentido material o real, y se concreta con acciones positivas de carácter antidiscriminatorio en las que se prescribe un trato diferencial a las personas, a fin de lograr la igualdad de personas realmente diferentes. Estas medidas son de tipo normativo y buscan precaver el hecho discriminatorio por razones de origen, raza, género, opción sexual, credo religioso y político; entre las medidas se encuentran las reglas probatorias sobre la carga de la prueba o mediante presunciones, para favorecer la situación jurídico-procesal de la persona que alega un acto discriminatorio. La Corte Constitucional de Colombia ha aplicado estos criterios en diversas sentencias, como las T-600 de 2009 y T-423 de 2011.

el sujeto que inicia el proceso quien tenga que hacer un esfuerzo mayor, so pena de la pérdida de su proceso,¹⁴ se diría que hay una “carga dinámica de prueba”, si la regla se modifica. La discusión sobre este cambio normativo es uno de los problemas dogmáticos más discutidos en este ámbito. Se habla, pues, de “flexibilización probatoria” o de “inversión o desplazamiento probatorio” para referirse a los casos en los que hay una nueva regla que no sigue una tradición normativa.¹⁵

Otra cuestión teórica que surge en el estudio de los sistemas procesales corresponde a la ubicación jurídica de la institución de la carga probatoria; esto es, por ejemplo, en el sistema angloamericano esta institución, para autores como Laudan (2006, p. 109) y Allen (2013, p. 142), se subsume en el estándar de prueba, por lo que concluyen que la carga de probar resulta ser un concepto redundante si se mira de cara a la exigencia del estándar probatorio. En el *civil law*, donde la valoración probatoria adquiere una entidad relevante, se discute si la carga de la prueba hace parte de la libre apreciación o si se presenta independientemente de esta. Para Nieva Fenoll (2019, pp. 35-40), por ejemplo, la carga de la prueba tiene sentido en los sistemas de tasación probatoria y, en cambio, pierde su incidencia en la libre apreciación, ya que se subsume en esta. En contraste, para Devis Echandía (1981, p. 447), la carga probatoria opera tanto en la libre valoración como en la tasada;

¹⁴ Las razones de orden histórico serían justificaciones de segundo orden.

¹⁵ Este es el entendimiento más común; no obstante, según Micheli (1961, pp. 14 y ss.), en el antiguo derecho romano la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes; también existieron normas que asignaban indistintamente la carga, en cada caso, con un criterio práctico de equidad, o le dejaban esa tarea al juez. Posteriormente, en el derecho justiniano, surgieron principios generales y, en particular, el fundamental que ponía a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho, como base de su acción o excepción.

por lo tanto, es un concepto que tiene funcionalidad independientemente de los sistemas de valoración probatoria.

En suma, en este sentido, se pone énfasis en el diseño normativo que tenga un sistema jurídico dado. Así, por ejemplo, en el sistema jurídico colombiano, hay una regulación de la carga de la prueba en el Código General del Proceso —en adelante CGP— (art. 167-1) que tiene como criterio general y abstracto de distribución de la incumbencia del efecto jurídico que persiguen las partes con el proceso; esta modalidad de carga es aplicable para los procesos civiles, laborales, contencioso-administrativos y constitucionales. Por su parte, el Código de Procedimiento Penal —en adelante CPP— (art. 7) prescribe el criterio de *in dubio pro reo*,¹⁶ en el que la carga probatoria recae sobre la acusación favoreciendo al acusado. Asimismo, el CGP (art. 167-2) establece la carga dinámica probatoria, denominada así por la doctrina, a la manera de regla de segundo orden (una regla de cambio), mediante la cual se autoriza al juez a determinar en cada caso la parte a la cual le incumbe la prueba con base en criterios de

¹⁶ Para ejemplificar con el caso colombiano, se observa que, aunque la normatividad (CPP, art. 7) prescribe el principio *in dubio pro reo*, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, aplicó la carga dinámica, durante más de una década, desplazando la carga en contra del acusado en algunos delitos. Esta Corte hizo uso de tal figura en situaciones en las que se considera que el acusado tiene el dominio o control de los hechos y en casos en los que por las circunstancias fácticas o reglamentarias no es posible que otras personas o el Estado interfieran en ese dominio o control, como en los delitos de enriquecimiento ilícito y el lavado de activos (como ejemplo, la sentencia del 9 de abril de 2008, rad. 23754), o el manejo de recursos económicos relacionados con la retención o recaudación de impuestos (como la sentencia del 13 de mayo de 2009, rad. 31147). Esta línea jurisprudencial estuvo vigente hasta que esa misma Corte (por ejemplo, en la sentencia 49906 del 6 de mayo de 2020), en un caso de lavado de activos, comenzó a considerar que la carga dinámica probatoria afecta el *in dubio pro reo* en el proceso penal.

equidad sustentados en la facilidad probatoria. Esta constituye una habilitación para la creación de una regla *ad hoc* en la medida en que es el juez el que define, para el caso, la distribución de la incumbencia probatoria de las partes en circunstancias especiales, variando la regla general y abstracta que tiene como criterio el efecto jurídico.

III. PRESENTACIÓN SUCINTA DE LOS TRABAJOS DEL LIBRO

El lector podrá encontrar en este libro temáticas como la caracterización jurídica de la carga de la prueba y los ámbitos que arroja esta figura; pronunciamientos sobre la carga dinámica de la prueba en cuanto a su conveniencia legislativa, y propuestas sobre su posible aplicación en determinados contextos del orden jurídico. Asimismo, se analizan instituciones como la presunción de inocencia, y se estudian la carga de la prueba junto a las presunciones en el ámbito de los protocolos médicos en los casos de acoso laboral.

Como se trata de una obra colectiva, los temas tratados en cada uno de los capítulos se relacionan con la problemática presentada; empero, cada capítulo desarrolla una problemática determinada en las figuras jurídicas con un enfoque que depende de la construcción conceptual y del razonamiento argumentativo de su autor. En conjunto, estas perspectivas logran plantear claridades de utilidad para que cada lector pueda hacer sus propios recorridos intelectuales tanto en el campo académico como en la práctica judicial.

Precisamente, sobre la problemática de la carga de la prueba, podemos encontrar en este libro los siguientes núcleos temáticos: (i) la caracterización jurídica de la carga de la prueba y el análisis de sus acepciones y distinciones frente a otras reglas del orden jurídico con incidencia probatoria; (ii) las figu-

ras del orden jurídico cuya caracterización incide en la carga de la prueba o se constituyen como criterio de distribución de la incumbencia probatoria; (iii) las modalidades de flexibilización probatoria que afectan directa o indirectamente la carga de la prueba o las garantías constitucionales, esto es lo que se denomina como los “atajos probatorios”; y (iv) la presunción de inocencia.

El primer conjunto temático se representa a partir de la caracterización teórica y conceptual de la carga de la prueba expuesta en el primer capítulo de este libro, escrito por el profesor colombiano Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, titulado “La carga de la prueba, una resignificación conceptual”; su objetivo es concebir y estructurar la carga de la prueba como regla jurídica de carácter formal, idea con la que se busca realizar una caracterización jurídica de esta institución. El argumento subyacente está basado en los aspectos conceptuales de la regla, tales como los supuestos normativos y la consecuencia jurídica en su aplicación. Asimismo, el autor parte de la idea según la cual se trata de una norma instrumental que incide en la adjudicación del derecho, ya que involucra una decisión sobre la premisa menor del silogismo judicial en la aplicación del derecho en las situaciones de incertidumbre fáctica. Ruiz Jaramillo propone también distinciones con respecto a otras reglas del orden jurídico, como las presunciones, las formas de responsabilidad por el daño y las cargas procesales con efectos probatorios.

Ese mismo carácter teórico y conceptual informa el segundo texto de esta obra, “Los estándares probatorios y la relación probatoria”, escrito por la profesora española Andrea Planchadell Gargallo; que se concentra en aspectos puntuales sobre la carga de la prueba en las materias civil y penal, incluyendo el régimen especial de la carga dinámica probatoria en el orden jurídico-procesal español. La autora plantea, también, la problemática de figuras como los estándares probatorios y los indicios con respecto a la carga de la prueba en el derecho

penal, en especial en las figuras del comiso y en el delito de lavado de activos.

El tercer capítulo de este libro, titulado “Sesgos normativos y sobrecargas probatorias. Consideraciones críticas sobre la posible incorporación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en la legislación procesal civil chilena”, del profesor Johann Benfeld Escobar, también hace contribuciones del orden teórico sobre la carga de la prueba, asume posturas conceptuales en el caso de la carga dinámica de la prueba, plantea el problema teórico de los sesgos normativos que se encuentran en esta figura y se ocupa de analizar sus consecuencias conceptuales y prácticas.

El segundo eje temático consiste en las figuras del orden jurídico que inciden en la carga de la prueba o se constituyen en criterio de distribución de la incumbencia probatoria. Así, en el cuarto capítulo, el profesor uruguayo Ignacio Soba Bracesco escribe el texto “Pensando las presunciones y la carga de la prueba en tiempos de protocolos. Énfasis en los protocolos para prevenir el acoso y los protocolos médicos”, en el cual reflexiona en torno a cómo los protocolos médicos inciden en la distribución del riesgo probatorio en un caso específico y, por ello mismo, pueden generar una carga de la prueba. La particularidad que surge con esta temática consiste en que, si los protocolos tienen el carácter de guías de conducta para la realización de actividades de variado tipo, ellos son en sí mismos una base de presunciones, puesto que implican una distribución de la incumbencia probatoria. Los protocolos, además, generan un efecto que busca ayudar a concretar la posible responsabilidad del empleador y sus dependientes en cuanto a las distintas medidas que se puedan implementar en el lugar de trabajo para evitar las situaciones de acoso laboral.

El tercer núcleo temático consiste en los denominados atajos probatorios (*shortcut*),¹⁷ que se abordan en el último texto de esta obra, escrito por Juan Luis Gómez Colomer, con el título “Una reconsideración del principio de la presunción de inocencia y de la libre valoración de la prueba en el proceso penal: El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad”. Aquí se habla de atajo probatorio, porque la legislación y la jurisprudencia —con la implementación de mecanismos de flexibilizaciones probatorias— debilitan o menguan garantías constitucionales como la presunción de inocencia, o imponen criterios de incumbencia que afectan la carga de la prueba de algunos sujetos en el proceso judicial. Gómez Colomer realiza entonces una exhaustiva reflexión sobre los indicios en el proceso penal en España, en la que demuestra que se incurre en un tipo de abuso en la utilización de esta forma de probar los hechos en la sentencia judicial que afecta la presunción de inocencia. El autor se refiere ampliamente, con diversos ejemplos, a la valoración probatoria, en la cual los jueces con frecuencia confunden la prueba con la conjetura. En el texto se plantea la problemática consistente en que los indicios se constituyen en una suerte de presunción de culpa que opera como “prueba” de cargo contra el acusado, en las prácticas judiciales en las sentencias. El autor se cuestiona si en estos casos se presenta una auténtica inversión de prueba en contra del acusado. Este último texto de perfil crítico sirve como cierre del libro, pues a

¹⁷ Sobre los “atajos probatorios” o *shortcuts*, dicen los estadounidenses Lempert, Gross, Liebman, Blume, Landsman y Lederer (2014, pp. 1393 y ss.) que las partes —generalmente sus *burdens of production and persuasion*— tratan de cumplir a través de medios de prueba comunes, pero a veces el legislador regula atajos para permitir que el juzgador establezca un hecho, aunque no haya pruebas o estas sean insuficientes. Este es el caso de las figuras como los preacuerdos, las estipulaciones y las presunciones.

lo largo de la argumentación, el autor incluye reflexiones conceptuales y teóricas expuestas en los escritos anteriores.

También en este núcleo temático sobre los atajos probatorios se pueden ubicar las reflexiones de Planchadell Gargallo, cuando plantea que los aligeramientos probatorios por vía de los indicios pueden generar la distorsión de la garantía del estándar probatorio necesario para emitir una sentencia condenatoria. La autora muestra con suficientes datos cómo confluyen la normatividad y las prácticas de los jueces hacia resultados antigarantistas. Similar ejercicio crítico realiza Benfeld Escobar al explicar detalladamente cómo los sesgos normativos que contiene la carga dinámica probatoria llevan a un desequilibrio procesal para las partes, ya que una de ellas se ve afectada con una sobrecarga probatoria. Asimismo, Ruiz Jaramillo presenta el mecanismo que, en su momento, usó la Corte Suprema de Justicia colombiana en los delitos como enriquecimiento ilícito, blanqueo de capitales y omisión de consignación del agente retenedor de impuestos, con la aplicación de la carga dinámica probatoria, mediante la cual produce una presunción de culpabilidad que afecta el principio constitucional de la presunción de inocencia.

Se advierte que en el libro se presenta una importante polémica sobre la presunción de inocencia, pues, de un lado, el profesor Gómez Colomer asume una concepción sobre los significados de presunción de inocencia, de indicios de cargo y de la carga de la prueba en el proceso penal. Sobre la presunción de inocencia considera que no es presunción en estricto sentido, sino un principio o derecho fundamental; por esto mismo, en su aplicación al caso concreto se puede incurrir en dos interpretaciones extremas: una que lleva al hipergarantismo y la otra, a la restricción de la garantía. Para Gómez Colomer se deben evitar las dos situaciones extremas, pues la primera conlleva favorecer principalmente a la criminalidad organizada y la segunda implica autoritarismo. Considera asimismo que estos indicios generan una presunción de culpabilidad; presunción

que no es reconocida por tal jurisprudencia, entre otros motivos, por el temor a que se considere que sus decisiones afectan la presunción de inocencia, pero esta jurisprudencia, al mismo tiempo, determina que “la carga de la prueba de los hechos exculpatórios recae sobre la defensa”.

De otro lado en la polémica, la profesora Andrea Plancha-dell plantea la problemática de la presunción de inocencia de cara a la jurisprudencia en la criminalidad organizada y con la delincuencia económica, en especial, en los casos del decomiso de bienes y en el blanqueo de capitales, con el abuso de los indicios; pues a menudo con estos se genera una modalidad de presunción en contra del acusado. En el caso del decomiso también analiza que la legislación del parlamento europeo y del Consejo de Europa genera una presunción en contra del acusado, ya que a este le incumbe la prueba del origen lícito de los bienes.

Con el fin de proponer una obra polifónica, hemos decidido mantener algunos textos, esperando que la comunidad reciba estas contribuciones con un ánimo que permita confrontar las ideas y seguir contribuyendo a la solución de los problemas del campo.

Debido a este ánimo crítico, decidimos incluir, a modo de epílogo, un escrito de David Sierra Sorockinas, en el que se hace un examen de toda la obra y plantea nuevas discusiones para tener en cuenta.

Esperamos, entonces, que el lector encuentre en esta obra un rico material que abra el debate sobre los aspectos más relevantes de la carga de la prueba en el ámbito práctico y teórico.

Referencias

Allen, R. J. (2013). Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. En: J. Ferrer, S. Haack, M. Pardo, L. Laudan, P. Robers, M.

- Gascón, y M. Taruffo, *Estándares de prueba y prueba científica, ensayos de epistemología jurídica* (pp. 41-64). Madrid: Marcial Pons.
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 105-156). Madrid: Trotta.
- De Paula Ramos, V. (2020). *La carga de la prueba en el proceso civil, de la carga al deber de probar* (L. Criado Sánchez, trad.). Madrid: Marcial Pons.
- Devis Echandía, H. (1967). *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. De la Prueba (Teoría general)*. Vol. V. Bogotá: Temis.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. entre la confusión y lo innecesario. En: J. Nieva, J. Ferrer, y L. C. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (pp. 53-88). Madrid: Marcial Pons.
- Haack, S. (2014). Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects. En: *Evidence Matters Science, Proof, and Truth in the Law* (pp. 1-26). Nueva York: Cambridge University Press.
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law, An Essay in Legal Epistemology*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Lempert, R., Gross, S., Liebman, J., Blume, J., Landsman, S. y Lederer, F. (2014). *A Modern Approach to Evidence. Texts, Problems, Transcripts and Cases*. Saint Paul: West Academic.
- Losano, M. G. (2007). *Os grandes sistemas jurídicos. Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus* (M. Varejão, trad.). São Paulo: Martins Fontes.
- Micheli, G. (1961). *La carga de la prueba* (S. S. Melendo, trad.). Buenos Aires: EJE.
- Nelken, D. (2021). Between comparison and commensuration: the trouble with global social indicators. En: M. Adams y M. Van Hoecke, *Comparative Methods in Law, Humanities and Social Sciences* (pp. 175-196). Northampton: Elgar.
- Nieva Fenoll, J. (2019). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida la carga de la prueba. En: J. Nieva, J. Ferrer y L. C. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (pp. 23-52). Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios de Derecho*, 77(170), 117-148.

- Nino, C. S. (1974). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM.
- Ormazabal Sánchez, G. (2011). *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba* (Original «Die Bewislast», 1951) (E. Krotoschin, trad.). Buenos Aires: EJEA.
- Taruffo, M. (2017). Onere della prova [dir. proc. civ.]. *Diritto on Line, Treccani*. Disponible en: [https://www.treccani.it/enciclopedia/one-re-della-prova-dir-proc-civ_\(Diritto-on-line\)\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/one-re-della-prova-dir-proc-civ_(Diritto-on-line))/).
- Tuzet, G. (2021). Prove esperte e oneri probatori. *Ragion Pratica*, 56, 227-250.