



Entramado

ISSN: 1900-3803

comunicacion.ayc.1@gmail.com

Universidad Libre

Colombia

Díaz-Restrepo, Juan Carlos

La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional

Entramado, vol. 12, núm. 1, enero-junio, 2016, pp. 202-221

Universidad Libre

Cali, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265447025013>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional

Juan Carlos Díaz-Restrepo

Candidato a Doctor en Delitos contra la Administración Pública-Delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, Universidad de Alcalá de Henares. Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Docente Universidad Autónoma de Bucaramanga - Bucaramanga, Colombia.
jdiaz10@hotmail.com

R E S U M E N

La carga dinámica de la prueba es una regla de juicio en materia probatoria, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, que consiste en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo. Su implementación trae importantes y novedosas consecuencias prácticas, que analizadas a la luz de razonamientos constitucionales, atentan contra la supremacía constitucional en materia de igualdad. Esta regla favorece a uno de los extremos procesales y se consagra como una medida de diferenciación instituida en virtud del mandato de trato diferencial equitativo incluido en la Constitución política. Por ello se debe acreditar, para su válida procedencia, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Corte, como: la existencia de una justificación objetiva y razonable, una relación de proporcionalidad y racionalidad entre la justificación, los hechos y el fin perseguido. Sin embargo, la regla no cumple con el requisito de ser cimentada sobre una justificación que sea objetiva y, por ello, constituye una diferenciación que contrario a materializar la igualdad real, termina por ocasionar su vulneración. Por esa razón se propone la regulación de la norma, a fin de asegurar que su aplicación solo se dé cuando exista justificación objetiva y razonable, esto es, ante la verificación de un desequilibrio real, que posea la entidad suficiente para hacer imperiosa la distribución de las cargas, ante la inminencia de afectación del derecho de defensa.

PALABRAS CLAVE

Carga de la prueba, carga dinámica, debido proceso, igualdad material, vulnerabilidad

D E R E C H O

The dynamic burden of proof as a modality of evidentiary burden applied in the colombian legal system-infringement of constitutional equality

A B S T R A C T

The dynamic burden of proof is on probation judgment rule, in force in the Colombian legal system, which is to allocate the burden of proving to the party is in a better position to make it matter. Its implementation brings important new practical consequences, which analyzed in the light of constitutional reasoning, undermine the constitutional supremacy on equality. This rule favors one of the procedural ends and is enshrined as a measure of differentiation established under the mandate of fair differential treatment included in the Constitution, therefore should be credited for their valid origin, compliance with the requirements of the Constitutional Court, such as: the existence of an objective and reasonable justification, a relationship of proportionality between justification and rationality, facts and the aim pursued. However, the rule does not meet the requirement of being founded on a rationale that is objective and therefore constitutes a differentiation that contrary to materialize real equality, ends up causing their violation. For that reason the regulation of the standard to ensure that your application will only be given when there is objective and reasonable justification is proposed, that is, before the verification of a real imbalance, which has sufficient authority to make urgent distribution of loads, the imminence of involvement of the right of defense.

Recibido: 24/09/2015 Aceptado: 30/11/2015

<http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123> Este es un artículo Open Access bajo la licencia BY-NC-SA (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)

Cómo citar este artículo: DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos. La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. En: Entramado. Enero - Julio, 2016 vol. 12, no. 1, p. 202-221, <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>



KEY WORDS

Burden of proof, the dynamic burden, due process, material equality, vulnerability

A carga dinâmica da prova como uma forma de ónus da prova aplicada no ordenamento jurídico colombiano - violação da igualdade constitucional

R E S U M O

A carga dinâmica da prova cabe a regra de julgamento liberdade condicional, em vigor no ordenamento jurídico colombiano, que é alocar o ônus de provar que o partido está em uma posição melhor para fazer isso importa. A sua implementação traz novas importantes consequências práticas, que analisou à luz do raciocínio constitucional, minar a supremacia constitucional sobre a igualdade. Esta regra favorece uma das extremidades processuais e está consagrado como uma medida de diferenciação estabelecida sob o mandato de um tratamento diferenciado justo incluído na Constituição. Portanto, deve ser creditado para a sua origem válido, o cumprimento das exigências do Tribunal, tais como a existência de uma justificação objectiva e razoável, uma relação de proporcionalidade entre a justificação e racionalidade, fatos e o objectivo prosseguido. No entanto, a regra não cumprir a exigência de ser fundada em uma lógica que é objetiva e constitui, portanto, uma diferenciação que, ao contrário de materializar igualdade real, acaba causando sua violação. Por essa razão, a regulamentação da norma é proposto, para garantir que a sua candidatura só será dado quando há justificação objectiva e razoável, isto é, antes da verificação de um desequilíbrio real, que tem autoridade suficiente para tornar a distribuição urgente cargas, a iminência de envolvimento do direito de defesa.

PALAVRAS-CHAVE

Ónus da prova, carga dinâmica, devido processo, igualdade material, vulnerabilidade

Introducción

Los procesos de cambio en la sociedad han motivado permanentemente la evolución de la teoría y la práctica del Derecho. La continua actualización de la interpretación del sentido de las instituciones conforme a los cambios sustanciales de orden ético y técnico, así como el propósito de normar el mayor número de fenómenos sociales con relevancia jurídica a través de los proyectos de codificación, ha sido el reflejo de tal situación. Inscrita en una tendencia innovadora, la Ley 1564 del año 2012 constituye un instrumento que incorpora figuras e instituciones que ponen de cara al sistema con importantes retos, es por eso, que a portas de su entrada en vigencia surgen dos preocupaciones: la primera, radicada en estudiar tales instituciones y figuras que el legislador ha incorporado, y a las cuales ha encomendado el cumplimiento de los fines y propósitos perseguidos con la implementación de la ley y determinar su grado de efectividad en relación con estos; la segunda es la de analizar su impacto en el ordenamiento jurídico entendido como un todo coherente y sistemático. Estas cuestiones constituyen un título de deuda de parte de la comunidad de estudiosos y académicos del derecho a favor de la sociedad colombiana y de la ciencia jurídica, por lo cual acudir a la realización de tal examen es necesario y sensato. La presente investigación, en atención a lo comentado, ha centrado su interés en el estudio de las modalidades de carga probatoria aplicables en el proceso judicial colombiano con la entrada en vigencia del CGP, y particularmente, en la modalidad de carga dinámica de la prueba, pues se

estima que los presupuestos e implicaciones prácticas que entraña, constituyen un cambio de fondo calado en materia probatoria que es menester analizar, pues se pasa de un sistema en el que la responsabilidad de probar los hechos que sirven de sustento a la norma cuya aplicación reclama estaba inamoviblemente en cabeza de la persona que los alegaba, a un sistema que en principio sigue esta regla pero que le otorga al juez la posibilidad, de que en atención a las particularidades del caso, distribuya la carga de la prueba, es decir, se entra al terreno de lo que se ha conocido como dinamismo de la carga probatoria. La posibilidad comentada tiene su sustento en la igualdad material y busca la corrección de los desatinos judiciales derivados de la aplicación de las reglas inflexibles sobre carga de la prueba, entendiendo que existen situaciones de desequilibrio entre las partes que impiden el derecho de defensa en real igualdad de derechos y oportunidades, es decir, inequitativamente, y pueden ocasionar que el acervo probatorio propuesto por las partes en tales condiciones se vea limitado y se precipiten providencias definitivas que no correspondan con la verdad y la justicia.

Se emprende el estudio en un primer momento, al establecer las generalidades y nociones teóricas básicas, las históricas y las normativas de la carga de la prueba y se hace referencia al derecho a la prueba y al debido proceso. Posteriormente, se analizan las modalidades de carga probatoria aplicables en el sistema jurídico Colombiano haciendo énfasis en la modalidad de carga dinámica y, por último, se expone la tesis sobre la vulneración al derecho a la igualdad

procesal, pues el legislador, a la hora de fijar la forma de aplicación de la regla de carga dinámica de la prueba, no ha conciliado con sagacidad la obligación simultánea de administrar justicia y de procurar llegar a ella con respeto pleno al debido proceso y concretamente al derecho a la igualdad; con ello se deja la aplicación de la norma en un ámbito de indeterminación que no asegura la adecuada comprensión y protección de los principios constitucionales y procesales que alientan la figura por parte de las autoridades llamadas a su aplicación.

I. Generalidades y marcos de contextualización

1.1. Noción de carga de la prueba

La lógica del Derecho en la actualidad nos indica que quien alega un hecho en un juicio debe probarlo, ya que el alegarlo no constituye por ese solo hecho prueba. Sobre este supuesto se pretende construir el concepto de carga de la prueba.

Las definiciones que pueden existir sobre la carga de la prueba son variadas, no obstante todas apuntan a definir una misma función o propósito en la actividad de probar. La definición adoptada por el Consejo de Estado resulta apropiada para entender en general en qué consiste la carga de la prueba.

En la Sentencia del Consejo de Estado del 26 de mayo de 2010, con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, toman la siguiente definición:

Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. (Consejo de Estado, 2010, p. 20)

Hay que tener en cuenta que esta definición también la adopta Jairo Parra Quijano, en su libro Manual de Derecho Probatorio (2006, p. 249)

De la definición se desprenden dos aspectos que merecen ser destacados: Primero, que las partes son libres en su actuar para obtener la consecuencia jurídica del supuesto de hecho de la norma que desean aplicar al caso concreto, lo que se conoce como principio de autorresponsabilidad de la prueba y, segundo, que con este actuar lo que hacen las partes es trazarle al juez un camino de cómo debe fallar.

Alrededor de este entendimiento sobre la institución, aconditado por el Consejo de Estado y validado por la doctrina en donde se le entregan la connotación de reglas en sentido amplio, estas pueden considerarse como verdaderas directrices-pauta prescriptivas del comportamiento de las partes al interior del proceso.

Una regla de juicio bajo esta premisa es una hipótesis de trabajo o directriz procesal para el juez que, como orientador del proceso judicial, la utiliza por imposición o deber, en la tarea de construir la convicción de los hechos que dieron lugar a la relación jurídica contenciosa que se debate en proceso judicial, el cual está sometido a su conocimiento y juicio. El juez no lleva a sus espaldas la exigencia o peso de la carga de la prueba, que es la de probar los hechos, como sí la llevan las partes; no obstante sí constituye para él, un instrumento que debe emplear para direccionar la litis en materia probatoria y como criterio que coadyuva a la construcción de la convicción necesaria para imprimirlle un sentido al fallo, buscando sin lugar a dudas una verdad más formal que real.

1.2 Finalidad

La finalidad de la carga de la prueba se puede sintetizar en dos aspectos y se desprende de la definición ya citada. El primero se refiere al papel orientador que le indica a las partes la necesidad de que alcancen el resultado o consecuencia jurídica que desean obtener, ya que, en el caso de no realizar un despliegue correcto de la actividad probatoria obtendrán una decisión adversa. El segundo hace referencia a la posibilidad que tiene el juez para fallar en contra de la parte que ha incumplido con la carga de probar los hechos objeto de litigio.

Es importante aclarar que la mencionada regla permite al fallador enfrentar una decisión en la que se encuentre en estado de duda y en la que no logra determinar entre las proposiciones sometidas a su juicio; que puede originar un resultado peor, que se abstenga de pronunciarse por no encontrar certeza en la situación.

2. La prueba

La acepción del término prueba, que es de interés a esta investigación, es la de prueba judicial; aun así, vale decir que esta delimitación no obsta para que no tenga un sentido único. La prueba judicial, como se verá, ha sido entendida por la doctrina conforme a varias acepciones que, lejos de ser excluyentes, dan un entendimiento integral y complementario del término.

En ese sentido resultan propicias las palabras de Devis Echandía (1972, p.34) al puntualizar sobre las acepciones

de la prueba judicial: "Es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos".

La prueba permite que se dé un proceso de verificación o examen de cotejo entre la realidad y las afirmaciones de alguno de los extremos procesales respecto de algunos hechos que, por su naturaleza, constituyen la base fáctica de la norma cuya aplicación invocan como sustento para el reconocimiento de algún objetivo dentro del proceso judicial. Se trata pues de los elementos óptimos para establecer la correspondencia o no de unos enunciados ideales descritos por alguien frente a la realidad, para la obtención del grado de convencimiento necesario para que el juez actúe y/o decida con cierta seguridad o fiabilidad del conocimiento adquirido en el procedimiento probatorio, el cual se constituye como una actividad de comprensión y empoderamiento de la realidad por el juez. Por lo anterior, la prueba guarda relación con las actividades de establecer y verificar los hechos que se alegan en el proceso, esto por la necesidad que se impone tras la situación de incertidumbre o duda que debe quedar franqueada una vez la prueba se practique y se analice.

El fin de la prueba, así las cosas, es el convencimiento y más allá de este, la verdad de determinados hechos. Este se sustenta en un método de indagación de la realidad, como conocimiento exacto que idealmente hablando debe estar al margen del error. La prueba, es el elemento en el que se debe basar una decisión judicial, decisión que puede imprimir impulso o poner fin a un proceso en el que siempre se debaten los intereses de los usuarios de la justicia y del que se espera justicia, en esto radica su importancia. Sin su respectiva prueba los hechos no existen en la contienda procesal, pues aunque estos indudablemente pertenecen a una realidad extra jurídica, solo son traídos a la realidad jurídica mediante la prueba para desempeñar un papel fundamental en el ejercicio de administrar justicia, el cual es determinar, a través del convencimiento del juez, la verdad y, consecuentemente, el sentido de la decisión que se adopte.

La prueba como sustento de una decisión judicial justa, se erige necesariamente en un derecho de las partes implicadas en el proceso; derecho que además permite la materialización efectiva de otros derechos como el de defensa y contradicción, elemento integrador del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución. En tal hilar de ideas, en lo subsiguiente se hará una alusión somera al debido proceso en cada uno de sus elementos, entre ellos el derecho de defensa y contradicción, para terminar presentando lo que es el derecho a la prueba.

2.1. El debido proceso

El debido proceso es un principio de orden constitucional y un derecho de contenido múltiple, que se predica de todas las actuaciones judiciales y administrativas. Deviene de la moderna corriente garantista del derecho y consiste en el respeto de todas las prerrogativas, que tienen todos los individuos en todo proceso por concesión del ordenamiento jurídico. Su trasfondo inspirador es la correcta concreción de las aspiraciones de justicia propias de cada proceso y/o procedimiento judicial y administrativo.

El debido proceso, como principio y derecho, importa a todo proceso judicial y actuación administrativa, el imperativo deber de su observancia. Como principio guarda la estructura de mandato-criterio de optimización, regulación y armonización; lo que impone ser aplicado en la mayor medida posible. Como derecho plantea unas exigencias concretas que en el caso de no cumplirse pueden acarrear nulidades.

En 2013, la Corte Constitucional en sentencia C-248 estableció que son elementos integradores del debido proceso los siguientes:

- a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia;
- b) el derecho al juez natural;
- c) el derecho a la defensa;
- d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable;
- e) el derecho a la independencia del juez y
- f) imparcialidad del juez o funcionario. (Corte Constitucional, 2013, p.25)

De tal manera que un proceso llevado en la forma debida, es decir, un proceso judicial respetuoso integralmente del principio-derecho del debido proceso debe presentar, transversal y permanentemente, todos y cada uno de los elementos acuñados por la Corte Constitucional, los cuales no tienen más origen que el propio tenor literal de la cláusula general del debido proceso contenida en el artículo 29 de la Constitución Política que dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea

sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Grosso modo se presentan los elementos del debido proceso agrupados en virtud de la interdependencia que guardan entre sí.

2.1.1. Elementos que recaen sobre la caracterización del juez. -Juez natural, Independiente e Imparcial-

La administración óptima de la justicia se da gracias al reconocimiento y respeto de un juez predeterminado que sea autónomo e imparcial. El principio de derecho a tener un juez natural constituye un elemento fundamental en el debido proceso, prohibiéndose la creación de tribunales excepcionales o transitorios, por lo cual se limitan los juicios a jurisdicciones tradicionales y pre establecidas. De ese modo, plantea la exigencia de que el juez o funcionario que administre justicia en las causas llevadas a su conocimiento sea un juez o órgano de los que integran la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que estas puedan corresponderle a otra jurisdicción, lo que implica la garantía de que el juicio sea efectuado con independencia de las personas o instituciones que posean intereses implicados en la controversia, por lo que constituye también una medida tendiente a garantizar la integridad de la imparcialidad judicial desde el momento inicial del proceso hasta su terminación.

El juez deberá ser además imparcial y autónomo o independiente. Esta exigencia del debido proceso constitucional está también consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual dispone en su artículo octavo que: "... toda persona tiene derecho a hablar y ser oído por un juez independiente e imparcial, con el fin de determinar sus derechos y obligaciones de cualquier orden". La anterior es una garantía necesaria para asegurar la justicia y rectitud de la actuación del funcionario que administra justicia, puesto que se exige de este que permanezca al margen de los intereses de las partes y se limite a los elementos de juicio, a las pruebas y a su sana crítica para dirigir el proceso y arribar a una decisión.

Sobre este punto es necesario aclarar o conciliar algunas situaciones sobre el papel del juez dentro de la litis que a priori parecen excluyentes. De un lado, se encuentra la exigencia de imparcialidad e independencia y, del otro lado, que en su actuar el juez no puede ser indiferente de mane-

ra absoluta, ya que indudablemente se encuentra inmerso en la realidad de cada una de las partes y en la controversia que estas han llevado al proceso judicial, en la cual debe administrar justicia. De ahí que el juez a la hora de juzgar debe reconocer valores propios de la justicia y asumir un papel si bien normador, también humanizado, en el que no pase inadvertida su conciencia y los escenarios fácticos que presenta cada caso en concreto. El deber de administrar justicia impone al juez dar la razón a quien, no solo en derecho sino también de hecho, la tiene.

La igualdad procesal es una noción y un derecho integrado al debido proceso, derivado de su consagración constitucional como derecho fundamental; de ese modo constituye la matriz de la cual surge el deber de imparcialidad que tienen los administradores de justicia, pues como autoridades en ejercicio de una función pública están instituidos para el cumplimiento de los fines del Estado y la protección de los derechos fundamentales.

2.1.2. Elementos que recaen sobre el proceso en sí mismo y el derecho de acceso. -Derecho a la jurisdicción y acceso a la justicia- Derecho a proceso público y de duración razonable-

La consignación que hacen en conjunto las disposiciones constitucionales de los artículos 228 y 229 constituyen el presupuesto que da origen a la regulación jurídica actual del derecho a la jurisdicción y acceso a la justicia como elemento integrador del debido proceso. Los apartados señalados instituyen a la administración de justicia como una función pública y, así mismo, al acceso a la prestación de los servicios que esta ofrece como un derecho garantizado de toda persona.

Al hablar de jurisdicción debe entenderse por ella mucho más que la mera forma de clasificar los ramos en que ejerce sus poderes la rama judicial; "las justicias" ordinaria, constitucional, contenciosa administrativa y las especiales objetivamente hablando solo son ámbitos donde el Estado colombiano, en cabeza de la rama judicial del poder público, ejercen la facultad de administrar justicia, de decir cómo se objetiva el derecho al definir con carácter definitivo los asuntos de relevancia jurídica que se susciten entre los gobernados; esto último resulta ser en esencia el ejercicio de la jurisdicción que es entonces la facultad que posee el Estado de administrar justicia, la cual deviene de la soberanía y de la legitimidad que este ostenta.

Todas las personas tienen derecho a que el Estado ejerza la facultad de administrar justicia en la forma de función pública en las causas que sean o bien, llevadas a su conocimiento sea por conducto de los mecanismos judiciales dispuestos para ello, o cuando oficiosamente este asume su

conocimiento. Tal derecho, el de la jurisdicción o derecho a la administración de justicia por el Estado, se materializa con garantías de acceso al servicio para las personas, entendido este más allá de la mera posibilidad de accionar para que se abra un proceso judicial en el que se ventilen los intereses de quien lo promueve y de quienes hayan sido vinculados con el ejercicio de la acción. Bajo esta óptica, el acceso incluye también el derecho a recibir un servicio de justicia prestado con estándares óptimos y satisfactorios de calidad.

Vinculado a lo expuesto hace parte también del debido proceso, como lo manifestó la Corte Constitucional, el derecho a un proceso público y de duración razonable, lo que equivale a contar con un proceso judicial caracterizado por la transparencia y lo expedito de su avance, en el que existan herramientas procesales que, lejos de imponer trábas y requisitos injustificados a los usuarios del sistema, constituyan una senda de fácil andanza, al margen de las dilaciones injustificadas y del exceso de formalismo exigido en los procedimientos; esto último es lo que conduce a la lentitud del sistema y ocasiona una situación a todas luces vulnerante del debido proceso como es que los procesos y actuaciones judiciales y/o administrativas estén llamados a surtirse en un tiempo que desborda cualquier término razonable.

2.1.3. Derecho de defensa

El término defensa hace referencia en un contexto general a un mecanismo de blindaje o protección al que apela alguien ante las agresiones externas. En el escenario jurídico, por excelencia el proceso judicial, la cuestión toma un viraje similar. El proceso judicial es un escenario convocante de dos partes, pero gestado por una de ellas, que presentan entre sí un conflicto de intereses originado en un hecho o relación que por su naturaleza tiene importancia jurídica. Por ello, constituye un campo de contradicción que implica la contienda de los intereses de cada una de las partes, las cuales mediante el uso de los recursos que la ley provee, propenden por dar mérito a sus pretensiones, y por protegerlas, atacando de ese modo las de la parte contraria, dado que el resultado del proceso indudablemente conllevan a que el conflicto de intereses termine con el reconocimiento de los intereses de alguna de las partes en perjuicio de los de la otra. Aquí radica la importancia respecto a que estas dispongan de la posibilidad de defenderse, pues de otro modo los intereses en debate de alguna de las partes se verían arbitrariamente expuestos a la imposibilidad de prosperar.

Defenderse dentro de un proceso judicial, o en cualquier actuación administrativa en la que se vean incurso los inte-

reses de alguien, es una garantía del debido proceso otorgada a toda persona.

La Corte Constitucional, en sentencia C-025 de 2009, ha definido el derecho de defensa como:

(...) la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. (Corte Constitucional, 2009, p.20)

2.1.4. Derecho a la observancia de los ritos o formas propios de cada juicio

Como parte también del debido proceso, aunque no fue especificado en la sentencia C-248 de 2013, está el respeto por el operador judicial de los ritos y formas propios de cada juicio, esto como control a la actividad de dirección que ejerce el juez del proceso, que jamás puede desbordar las precisiones que en materia de procedimientos ha hecho la ley, como criterio vinculado también a la noción de legalidad y de seguridad jurídica.

El establecimiento de los ritos y las formas de los juicios y los procesos está en cabeza del legislador, como lo ha reiterado en la sentencia C-034 de 2014, la Corte Constitucional, al afirmar que:

Corresponde al Legislador el desarrollo del debido proceso, mediante la definición legal de las normas que estructuran los procedimientos judiciales y administrativos, ámbito en el que le corresponde establecer su objeto, etapas, términos, recursos, y demás elementos propios de cada actuación. (Corte Constitucional, 2014, p. 27)

De igual modo, en la sentencia C-248 de 2013, la Corte Constitucional ha definido el derecho al debido proceso de la siguiente manera:

Conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. (Corte Constitucional, 2013, p.24)

Este imprime un deber ser al proceso y a la actuación de cada una de las partes e intervenientes en él, partiendo de la imposición de unas calidades al juez y de unas caracterís-

ticas fundamentales del proceso radicadas en lo axiológico, ya que concreta principios y valores del Estado social, pero también en su aspecto formal.

2.2. El derecho a la prueba

Como se anunció, el derecho a la prueba es uno de los pilares básicos a través del cual se ejerce el derecho de defensa. No en vano se plantea desde la doctrina que dentro del proceso judicial “las partes se defienden probando” y goza de gran acierto este razonamiento, pues no hay otra forma con la potencialidad para desvirtuar un hecho o afirmación adversa a los intereses de una de las partes, en el proceso, sino probar el supuesto que desestime en todo o en parte tales hechos o afirmaciones. Así como es un pilar a la base del cual se concreta el derecho a la defensa, el derecho a la prueba es indispensable para poder concretar la exigencia que le plantea la ley al juez de basar su decisión en la prueba. Este derecho implica la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que la contraparte allegue al proceso, tal cual como se desprende de la lectura del artículo 29 constitucional. No obstante, la envergadura de este derecho transciende tal entendimiento, pues la legislación actual en materia probatoria ha moldeado el derecho a la prueba para sobreponer que además incluye el derecho a que la otra parte la desahogue, tal como lo expone Parra Quijano (2006). Este último contenido esencial del derecho a la prueba tiene respaldo en dos principios: por un lado, el de obtención coactiva de la prueba por el juez, concretamente en su esfera u órbita de realización, pues le permite al funcionario judicial imponerle de manera forzada a una de las partes que desahogue la prueba y perseguirla, haciendo uso de sus poderes y, por otra parte, en el de solidaridad de la prueba, el cual está basado en el valor constitucional de solidaridad de las personas que integran el Estado social, que le da sustento jurídico - filosófico a la posibilidad de que cualquiera de las partes desahogue la prueba que a la contraparte le sirve como sustento de su defensa.

Se tiene así, que el derecho a la prueba es la prerrogativa cuyo origen está en el debido proceso que le permite a cualquier persona implicada en un proceso judicial, defender sus intereses haciendo uso de los medios de prueba establecidos en la ley, sea trayendo al litigio los hechos que sirven a sus pretensiones, solicitando que la contraparte traiga al proceso tales hechos, o desvirtuando los hechos traídos al litigio por la contraparte que sean adversos a sus pretensiones, incorporando así hechos nuevos. Pero el derecho no se agota ahí, para que sea efectivo debe contar con los instrumentos que lo permitan, que se refieren a los deberes que posee el funcionario judicial, que le imponen realizar el decreto, la práctica y valoración de la prueba, regular y oportunamente solicitada y/o aportada.

En aras de lograr una mayor comprensión del derecho a la prueba se citarán algunas de sus características.

Es un derecho fundamental:

Este derecho posee jerarquía constitucional, al ser de los que integran el debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Ha sido, como reconocimiento de la igualdad que debe prevalecer en todo proceso judicial, considerado como un derecho inherente y esencial de la persona; lo que lo reviste de la particularidad de ser un derecho fundamental. La Corte Constitucional, al respecto advirtió en sentencia T-406 de 1992 que un determinado derecho puede ser tenido como fundamental si reúne tres requisitos, a saber: “conexión directa con los principios constitucionales, eficacia directa y contenido esencial (núcleo básico del derecho)” (1992, p.2).

Estos requisitos los cumple el derecho a la prueba en la medida en que: i) guarda relación directa con los principios constitucionales de vigencia del orden jurídico justo, igualdad y dignidad humana; ii) su aplicación no está supeditada a la orden de autoridad sino que, a contrario sensu, debe ser de aplicación permanente y prevalente, respaldada por la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales y iii) su desarrollo legal no puede llegar al punto de volverse ilusorio, sino que debe proporcionar las garantías de acceso y goce integral a las concesiones y bondades que otorga al individuo, es decir, a su contenido pleno, pese a estar ampliamente reglado.

Es un derecho de medio:

Como garantía prevista por el debido proceso es un instrumento para resguardar entre otros derechos también fundamentales, el derecho de defensa y contradicción, en tal medida es instrumental. A través de su ejercicio se obtiene la prueba judicial, en ese sentido es un derecho de medio para alcanzar una decisión con fundamento en la prueba.

Le pertenece a toda persona que sea parte en un proceso:

Comprende las garantías procesales y sustanciales que en atención a la dignidad y a las prerrogativas del Estado Social de Derecho les asisten a todas las personas por mandato de la Constitución.

Da derecho a una decisión fundada en la prueba:

La prueba es el presupuesto que debe fundamentar, una vez agotado el proceso y creada por el juez la convicción necesaria, la providencia o sentencia que define la situación sometida a la litis y las responsabilidades a las que haya lugar. Esto dado que es imperativo que el fallador tenga en cuenta, para el efecto de darle el sentido a su decisión, el

acervo probatorio y la verdad construida a partir de él. Es un deber y una exigencia que la ley le hace al operador de la justicia.

2.3. Legitimación para la prueba

La idea principal a tener en cuenta para entender lo que es la legitimación, es la idea de cualificación. Por ello, cuando en un procedimiento actúa quien tenga, sea por ley sustancial o procesal o por un derecho adquirido, la facultad para ello, se dice que tiene legitimación. Por otra parte, la cualidad en virtud de la cual una pretensión o solicitud puede y debe ser ejercitada es el interés, pues de ese modo se activa la posibilidad de perseguir judicialmente una pretensión. Se tiene, entonces, que la legitimación es el conducto a través del cual se puede actuar en un proceso judicial, por lo tanto no tener legitimación equivale a no tener la potencialidad para actuar en este. La legitimación también hace referencia a una determinada relación de los sujetos con la situación que se ventila en el proceso, tal relación hace alusión al elemento central del interés.

En cuanto a lo anterior, hablar de legitimación para probar es tanto como establecer quién es la parte dentro del proceso que puede y/o debe pedir una prueba; por ello, la legitimación hace parte de la fase peticionaria del procedimiento para probar un hecho o premisa. Así, esta noción va de la mano procesalmente hablando, con la cuestión de a quién, en qué momento y de qué forma se debe pedir la prueba. El interrogante de quién debe probar es pues un derrotero fundamental en materia probatoria.

Íntimamente ligada al concepto de interés, la legitimación para probar por excelencia la poseen las partes cuyos derechos y pretensiones se controvieren dentro del proceso. Desde esa óptica la legitimación está arraigada a estas, no obstante la legislación procesal en la mixtura de sistemas que presenta -dispositivo e inquisitivo- ha dado al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio, así como facultades relativas a la distribución de las cargas probatorias que han venido a cambiar su papel en el proceso. Esto se da en beneficio de la verdad y, porque, el juez debe perseguir, con apoyo en las mencionadas facultades, un interés en el proceso el cual abandera con su actuar, cuando tiene la iniciativa de decretar pruebas oficiosamente, pese a no ser en estricto sentido una parte, así, es la justicia su interés.

3. Modalidades de carga de la prueba aplicables en Colombia *onus probandi* estático vs *onus probandi* dinámico

Ya en la parte inicial de esta investigación se había hecho referencia a lo que es la carga de la prueba, sirviéndose para ello de la definición que adopta el Consejo de Estado en la

sentencia del 26 de mayo de 2010, con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio. A continuación se analizan las nociones de carga de la prueba estática y dinámica.

3.1. La carga de la prueba estática

Esta noción hace referencia a una carga de la prueba en la que prevalece una visión ecléctica y tradicional del Derecho. Esta se fundamenta en lo siguiente: i) *Onus probando* incumbit actori (incumbe probar al demandante); ii) *reus, in excipiendo, fit actor* (demandado debe probar los hechos en que sustenta su defensa); y, iii) *Actore non probante, reus absolvitur* (si el actor no prueba, absúlvase al demandado).

Bajo supuestos normativos de este talante para determinar a quién le corresponde probar un hecho es menester puntualizar dos aspectos: el primero, se refiere a cuál es la posición procesal ocupada por cada parte (demandante-demandado) y, el segundo, sobre cuál es el efecto jurídico que cada una de ellas persigue; es decir, que para establecer a quién le corresponde la carga de probar un hecho se debe considerar de un lado a la parte y del otro lado el efecto jurídico invocado por esta, a quien en todo caso, se le impone probar los hechos en los que se sustentan las normas jurídicas cuya aplicación reclama, so pena de obtener una decisión adversa a su pretensión. De esta manera los hechos que rodean la cuestión litigiosa, cuya carga probatoria debe soportar determinada parte procesal, se limitan a aquellos que son de su interés por coadyuvar con su pretensión y por constituir el presupuesto fáctico de la normatividad en que esta se sustenta. En esta visión tradicionalista o de carga estática de la prueba, quien persigue la obtención de una consecuencia jurídica tiene la carga de acreditar los presupuestos fácticos de la norma que la prevé. Aquí, si la parte eleva la pretensión, debe dirigir su actuación en el proceso al fin de probar los hechos que le favorecerán, en estricto sentido tiene la autorresponsabilidad que en el proceso aparezcan demostrados tales hechos, a fin de obtener una providencia o decisión favorable.

Carga dinámica de la prueba: esta noción de carga de la prueba aplica un paradigma más laxo del derecho probatorio, usada por el juez cuando de la aplicación de los presupuestos tradicionales de carga de la prueba existe la posibilidad de que quede la verdad al margen del proceso ante un marcado desequilibrio entre las partes, radicado en que sobre una de ellas pesa la imposibilidad de aportar la prueba en relación con los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue. De aquí que el juez, con el objetivo de dar prevalencia a la verdad e invocando la equidad, puede distribuir la responsabilidad de probar tales hechos entre las partes, en atención al criterio de favorabilidad de la posición de cada parte respecto de la tarea de

desahogar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan.

Ante esta última modalidad de carga de la prueba se propone la redefinición del concepto general de carga de la prueba señalado por el Consejo de Estado, dado que este solo incluye la noción de carga de la prueba en su modalidad estática, pues en la modalidad dinámica ya no se trata de la mera autorresponsabilidad de las partes de demostrar los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación reclaman, sino la responsabilidad de estas relativa a probar bien sea tales hechos, o los que el juez le imponga probar apelando a la facultad de distribución de la carga de la prueba. De ese modo la autorresponsabilidad es relativa conforme a la experiencia de cada caso y a la distribución de la responsabilidad de probar los hechos que el juez estime necesario realizar, en procura que en el proceso aparezcan demostrados los hechos en que se fundan las alegaciones de las partes, indistintamente de cuál es la posición procesal ocupada por cada una de ellas y cuál es el efecto jurídico que están persiguiendo en el proceso, orientando de ese modo la actividad probatoria hacia la búsqueda de la verdad.

En ese hilar de ideas, el concepto general de carga de la prueba debe incluir las dos modalidades en que es posible que esta se dé: onus probandi estático u onus probandi dinámico. Partiendo de esta premisa se estima que una definición más integral de lo que es la carga de la prueba es la siguiente: Una regla de juicio que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación se reclama en el proceso, aparezcan demostrados o desvirtuados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar a la luz del acervo probatorio constituido.

En adelante se analizará con un poco más de detenimiento la regla de carga dinámica de la prueba y algunas de sus implicaciones prácticas.

3.2. La carga dinámica de la prueba

Cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución justa de la litis, pero la parte a la que tal hecho le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en condiciones para probarlo y por el contrario, la otra parte cuenta con mejores elementos para el efecto; el juez puede aislar de las reglas del onus probandi estático, que indican que quien alega un hecho debe probarlo, para vincular la actividad probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las

reglas del onus probandi dinámico o de la carga dinámica de la prueba.

Lo anterior tiene su origen legal en lo dispuesto en el artículo 167 inciso dos del nuevo Código General del Proceso que tiene aplicación en asuntos de naturaleza civil, comercial, de familia y agraria, y subsidiariamente, en otros asuntos jurisdiccionales y actuaciones administrativas cuando estos no se encuentren regulados en otras leyes, en lo que tiene que ver con la actividad procesal.

Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código [...].

Al tenor de la disposición transcrita, se dejan atrás en el sistema procesal y de justicia colombiano las reglas férreas e inflexibles de origen romano que han caracterizado el manejo judicial de la carga de la prueba, en las que: i) onus probandi incumbit actori (incumbe probar al demandante); ii) reus in exceptione fit actor (cuando el demandado propone excepciones debe probar); y, iii) actore non probante, reus absolvitur (si el actor no prueba, absúlvase al demandado); para pasar a un sistema en el que en principio y guardando coherencia con las reglas tradicionales, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, pero que posteriormente, le otorga la posibilidad al juez, que en atención a las particularidades del caso, distribuya entre las partes la carga de la prueba, lo que puede implicar su traslación total o parcial, sea en el momento de realizar el decreto de estas o durante su práctica o en cualquier otro momento antes que se dicte sentencia.

3.3. La mejor posición para probar

El ingrediente normativo sin el cual no es posible que el juez apele a la distribución de la carga probatoria, es indudablemente, que la parte a la que se le impone la carga o exigencia de probar se encuentre en una situación más favorable para aportar la prueba en cuestión, de manera que esta situación que según la norma, se puede configurar en varias hipótesis de hecho, merece ser analizada.

El legislador, a través del artículo 167 del Código General del Proceso, anunció aquellos casos en que una parte se considera en mejor posición para probar concluyendo sin mayores precisiones, que una parte está en mejor posición para probar:

- En virtud de su cercanía con el material probatorio
- Por tener en su poder el objeto de prueba
- Por circunstancias técnicas especiales
- Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio
- Por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte
- Entre otras circunstancias similares

Estas son las hipótesis de hecho que conforme a la definición legal del artículo 167 integran el concepto de mejor posición para probar. En alguna de ellas, se debe encontrar respecto de la prueba la parte a la que se le grave, con la responsabilidad de desahogarla, a través de la distribución hecha por el juez. La verificación de la mejor posición para probar habilita al juez para hacer uso de su facultad de distribución de la carga de la prueba. Como condición exigida, para que proceda la aplicación de la carga de la prueba en su modalidad dinámica, produce que esta sea una regla de aplicación excepcional sujeta a la verificación en el caso concreto de alguna de las hipótesis de hecho que dan lugar a que una de las partes sea considerada por el juez en mejor posición para desahogar la prueba.

4. Vulnerabilidad del derecho a la igualdad como consecuencia de la aplicación de la teoría del onus probandi dinámico

La forma como reguló el legislador, en la Ley 1564 de 2012, lo que tiene que ver con las modalidades de carga probatoria aplicables constituye una novedad generadora de un cambio de fondo calado en el paradigma probatorio colombiano. Por esa razón, luego de acotar los presupuestos conceptuales, axiológicos, misionales de la modalidad de carga probatoria dinámica, se estima conveniente emprender un análisis crítico alrededor de esta regla de juicio

y sus efectos en relación con el principio-derecho al debido proceso, con lo que adquiere tal propósito una dimensión de análisis de orden constitucional, así, se apoya principalmente en las interpretaciones que de la Carta Política ha desarrollado la Corte Constitucional. Al pretender, con un poco de osadía, entrar a indagar la intención que debe prevalecer en la labor legislativa a la luz del entendido que toda disposición, figura e institución legal y, desde luego de cualquier otro orden que tenga vigencia en el ordenamiento jurídico, debe soportar el análisis de constitucionalidad que de ella se haga. La labor emprendida a continuación incluye el rastreo y análisis de algunos de los aspectos en torno a la regla de carga dinámica de la prueba que por su naturaleza, de no ser tratados con guantes de seda, pueden enarbolar fuertes pugnas con los presupuestos y prerrogativas del derecho a la igualdad; en caso de evidenciarse la vulneración de la igualdad procesal de las partes incursas en el proceso dada la creación de un privilegio procesal.

4.1. Del idealismo jurídico a la vulneración de la igualdad

Como se indicó en renglones anteriores, uno de los propósitos fundamentales para los que el legislador incluyó la posibilidad de aplicación de la modalidad de la carga dinámica de la prueba fue para reforzar, en lo referente al manejo judicial y procesal de la prueba, el valor y el derecho de la igualdad constitucional, al lado de la protección de la efectividad de los derechos sustanciales de las partes involucradas en el proceso. Estos son, entonces, dos presupuestos en conjunto del sustento axiológico que, según la exposición de motivos del Código General del Proceso, posee la nueva regulación que se le ha dado a este asunto. No obstante lo dicho, el problema de investigación que se intenta solventar incluye paradójicamente el interrogante de si con la aplicación de la regla de dinamismo de la carga de la prueba se menoscaba la igualdad procesal.

Para dar inicio a la tarea de absolver este interrogante se debe antes que nada determinar cómo es entendida la igualdad en el sistema jurídico colombiano, partiendo de su consagración en el preámbulo de la Constitución Política como un valor y de la disposición constitucional del artículo 13 que a continuación se cita y que la consagra como un derecho fundamental.

Constitución política de Colombia. Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Obsérvese que en el primer inciso de la norma se insta dar trato igual a todas las personas y a no permitir la discriminación, sin embargo, desde el inciso dos se pasa a advertir que se deberán adoptar medidas de favorecimiento para algunos grupos en procura de la igualdad real, de tal modo que no puede dársele una lectura plana, unívoca y hermética a este derecho, circunscrita al mero entendido de establecer el mismo trato y condiciones para todos, como si se buscara hacer una división aritmética en la que el resultado final reportado será una cuota siempre igual y estándar de derechos, libertades y oportunidades. Debe precisarse entonces que la igualdad parte de dos presupuestos: un criterio de trato igual, aplicado a situaciones similares o idénticas y otro de tratamiento diferenciado, siempre que se trate de situaciones esencialmente diversas. Por tal razón, la Corte Constitucional en su labor interpretativa y de fijación del sentido del texto constitucional ha elaborado no pocos preceptos jurisprudenciales alrededor de este derecho, a fin de determinarlo y precisar la forma como se debe entender y aplicar. Una de las sentencias más sobresalientes en la que se le da un amplio desarrollo al derecho a la igualdad es la C-250 del año 2012 que respecto del texto del artículo 13 plantea que:

(...) se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. (Corte Constitucional, 2012, p.81)

Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y,

(iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. (Corte Constitucional, 2012, p.82)

Con lo anterior se evidencia que el derecho a la igualdad está regulado de tal modo que sea incluyente frente a todos los posibles eventos que puedan acontecer en el marco de las relaciones humanas. Su titularidad la ostenta toda persona y el deber de su acatamiento recae principalmente sobre las autoridades, máxime que estas están instituidas conforme a la Constitución Política para proteger a todas las personas en sus derechos y libertades.

En el marco de un proceso judicial aplica de la misma manera, así, las partes implicadas en él tienen el derecho fundamental a recibir un trato igualitario o diferencial-equitativo en cuanto a los derechos, libertades y oportunidades procesales, pero además según este contexto tal derecho se encuentra en interacción con el rol de imparcial que debe desempeñar un administrador de justicia. En ese sentido, los presupuestos o diversos mandatos que integran el derecho a la igualdad deben ser traídos al escenario procesal, pues el juez como autoridad debe propender por favorecer a una de las partes cuando la equidad y las condiciones de especial vulnerabilidad de esta lo hagan necesario, pero sin comprometer la imparcialidad que debe caracterizar toda su actuación.

4.2. Las dos caras del asunto

Se plantea, como fundamento del dinamismo de la carga de la prueba, que no hay forma más aberrante de inequidad que permitir que el gravamen de probar un hecho recaiga sobre quien se encuentra en absoluta imposibilidad de acreditarlo, so pena de la consecuencia natural de ello, que es la desestimación de su pretensión procesal -aun cuando estuviere llamada a prosperar- si la otra parte, pudiendo hacerlo, no aporta la prueba porque no le conviene. Conscientes de esto, a través de la incorporación de la posibilidad de que el juez aplique la regla de la carga dinámica de la prueba, según las particularidades del caso, lo que se busca es precisamente evitar esta forma de vulneración de la igualdad y proteger a la parte afectada por el desequilibrio, como manifestación de la igualdad material. Sin embargo, una posición diversa - mas no excluyente de la ya expuesta- es en la que esta investigación se apoya para arribar a la afirmación sobre la existencia de una vulneración al debido proceso en su elemento de igualdad procesal, toda vez que el derecho a la igualdad puede ser menoscabado también en los casos en que el legislador crea privilegios procesales para una de las partes o permite situaciones que agraven a una de ellas sin el fundamento suficiente.

4.3. Fundamentos para la consagración de una diferenciación de trato basada en el mandato de trato desigual del artículo 13.

La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha reiterado que las medidas de diferenciación de trato que se realicen en aplicación de las disposiciones constitucionales de los incisos segundo y tercero del artículo 13 deben estar plenamente justificadas, esto es, objetiva y razonablemente; y atender a criterios de racionalidad y proporcionalidad. Al respecto, consideró lo siguiente en la sentencia C-665 de 1998:

Aunque el artículo 13 constitucional prohíbe la discriminación, sin embargo autoriza y justifica el trato diferenciado, cuando éste, y los supuestos de hecho que dan lugar a él, están provistos de una justificación objetiva y razonable, la cual debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado. Pero además de este elemento, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue. (Corte Constitucional, 1998, p.13)

De igual manera, en sentencia C-221 de 1992, se consideró que “no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente formación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado” (Corte Constitucional, 1992)

Se concluye entonces, respecto del derecho a la igualdad que cuando éste sea aplicado en su mandato de diferenciación se debe encontrar plenamente establecida la razonabilidad y objetividad de la justificación del tratamiento que se dé en virtud de tal mandato –que puede ser o la diversificación del trato de situaciones semejantes o su asimilación tratándose de situaciones diferentes- además, cuando entre la justificación del trato diferencial o de asimilación objetiva y razonable, los hechos o supuesto facticos y el fin perseguido, exista un vínculo de proporcionalidad y racionalidad.

Son estos requisitos los que dan lugar al concepto integral de fundamentos para la diferenciación de tratamiento, sin los cuales, la medida de diferenciación, cualquiera que esta sea, carecería de fundamento suficiente y en consecuencia sería una medida violatoria del derecho a la igualdad.

4.3.1. La norma objeto de sospecha y reproche

Para comprender el concepto de la vulneración a la igualdad que se alega hay que tener en cuenta que el óbice

de la vulneración no se encuentra en la regla de la carga dinámica en sí misma considerada, pues se ha reiterado en diversas oportunidades que con su aplicación se persigue la efectividad de la igualdad material y el aseguramiento de la prevalencia de los derechos contenidos en normas de derecho sustancial, además, del logro a que la verdad y la justicia se concreten en cada decisión judicial por particular y compleja que esta sea. Por esta razón, estima que la regla es perfectamente constitucional considerada en su espíritu y los fines que persigue, luego no es que la posibilidad para que el juez pueda distribuir las cargas probatorias sea una facultad, que a priori, se pueda considerar como violatoria de la igualdad.

Ciertamente, cuando el artículo 167 del Código General del Proceso plantea que: incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y posteriormente le otorga la posibilidad al juez de que en atención a las particularidades del caso distribuya entre las partes la carga de la prueba- lo que en esencia está instituyendo es la posibilidad para que el juez adopte una medida de tratamiento desigual a las partes implicadas en el proceso, las cuales por regla general se reputan en igualdad de condiciones y derechos. Tal tratamiento desigual consiste en la creación de un privilegio procesal - exención parcial o total de la carga probatoria de una de las partes en atención a la mejor posición para probar de la contraparte, a la que correlativamente se impone total o parcialmente tal carga- basada en el derecho a la igualdad y más concretamente en su mandato de diferenciación, en tal sentido debe cumplir con los requisitos relativos a las medidas de diferenciación que ha sentado la Corte Constitucional para que esta sea válida y no se viole con ella el derecho a la igualdad, a saber, a) Justificación objetiva y razonable b) Proporcionalidad c) Racionalidad.

La medida de diferenciación que se proyecta con la regla de dinamismo de la carga de la prueba viene acompañada de un ingrediente normativo, que el legislador instituyó como situación de hecho que hace procedente el establecimiento de la diferenciación de trato, la parte a la que se le impone la carga en atención a la distribución hecha por el juez se debe encontrar en una situación más favorable respecto de la prueba, por lo cual el texto legal emprende la definición de tal ingrediente:

Art. 167 (...) La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre

la contraparte, entre otras circunstancias similares. (Código General del Proceso).

De tal suerte que el análisis acerca de la justificación objetiva y razonable, la proporcionalidad y la racionalidad de la medida requiere de un estudio bidimensional que recae en la figura ontológica y axiológicamente considerada, pero además en la forma normativa que positivamente la contiene, la estructura de la norma que la consagra. El debido proceso se estima vulnerado con la disposición del artículo 167 del Código General del Proceso, precisamente al no soportar el segundo de estos análisis, pues es la forma como el legislador ha dispuesto el desarrollo y aplicación de la figura, de donde se deriva una la vulneración de la igualdad procesal, dado que la norma carece de una justificación objetiva y razonable para instituir un tratamiento de diferenciación entre las partes vinculadas al proceso.

A continuación se examina la norma, conforme a los fundamentos de diferenciación anunciados.

4.3.2. Justificación objetiva y razonable

La justificación que da origen a la medida es la existencia de procesos judiciales en los que a causa de situaciones diversas, se presentan entre las partes serios desequilibrios en el tema de la prueba, cuando se impone a cada una de ellas probar *strictu sensu* lo que alegan. Ante tal situación de desequilibrio procesal en el que se le está dando un trato igual a situaciones diversas, se justifica la diferenciación de trato instituida a través de la norma, que en reconocimiento de ella intenta evitar la perpetuidad del desequilibrio resguardando de ese modo el derecho a la igualdad que tienen las partes. Como se verá, la justificación así entendida no basta para satisfacer el propósito comentado, pues apenas se tiene que existe una justificación para la medida, se analiza a continuación si tal justificación es objetiva y razonable.

La objetividad de la justificación

Desde dos perspectivas se estudia la objetividad de la justificación expuesta. La primera es una óptica genérica, en la que se analiza la finalidad a la que sirve, es decir, al resguardo que proporciona que va dirigido a los derechos fundamentales en general y a la justicia, y en ese sentido, sirve es a la concreción del Estado social. Aquí se agota este análisis en el entendido que desde el punto de vista de la finalidad a la que sirve, la existencia de situaciones en el marco de un proceso judicial en las que se presentan contingencias altamente consumables de desequilibrio entre las partes, es una justificación objetiva para que el legislador haya dotado al ordenamiento jurídico de un medio para corregir los desaciertos judiciales que pueden presentarse por la aplicación de reglas mecanicistas y tradicionales sobre carga de la prueba. Con esta regla se persigue un interés general y legítimo que trasciende la esfera de los derechos individua-

les y busca el garantismo procesal, en esa medida el fin al que sirve hace que la justificación sea objetiva.

La segunda es una óptica de análisis individualista. Aquí, se consulta propiamente la objetividad de la justificación en relación con cada caso en particular, ya no desde el punto de vista de la finalidad a la que sirve, sino del grado de certeza que ofrece la norma de que una situación que amerita del trato diferenciador (justificación) efectivamente se presente, es decir, que en el caso en concreto en el que se pretenda apelar por el juez a la distribución de las cargas probatorias, realmente exista una situación en la que haya un desequilibrio entre las partes y que tal desequilibrio amerite la aplicación al asunto de un trato desigual. Este asunto merece mayores consideraciones pues aquí radica la vulneración al derecho a la igualdad que se viene anticipando, pues se considera que desde esta perspectiva la justificación en que se funda la regla de carga dinámica de la prueba como medida de diferenciación, carece de objetividad.

El legislador ha considerado erróneamente que la verificación de alguna de las hipótesis de hecho que integran el concepto de mejor posición para probar da –por sí sola– lugar válidamente a que proceda la distribución de las cargas probatorias, no siendo así. Cuando la intención de la norma es atender a los desequilibrios que puedan existir entre las partes debe asegurarse de recaer sobre una situación en la que efectivamente existan tales desequilibrios, pero las hipótesis de hecho aludidas no prestan tal seguridad. Una cosa es que una de las partes esté en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por el estado de indefensión o de incapacidad en el cual se encuentre la contraparte; y otra cosa, bien distinta, es que efectivamente la existencia de alguna de tales circunstancias en el caso concreto ocasione un desequilibrio y que este sea de tal entidad que justifique la aplicación de la regla de carga dinámica de la prueba, es decir, de la medida de diferenciación. Se tiene entonces que la norma carece de instrumentos para determinar si cuando una de las partes se encuentra en mejor posición para probar en realidad existe una situación de desequilibrio entre estas. Esto es razón a que esta sola condición no implica, ipso facto, la existencia del desequilibrio, y aun demostrado tal desequilibrio, tampoco implica que sea suficiente para justificar la diferenciación. Con esto se estima que la justificación (existencia de situaciones de desequilibrio entre las partes en materia probatoria) aunque posible en la práctica judicial y, por lo tanto, objetiva a la luz de un razonamiento general para la protección de los derechos fundamentales, no asegura su objetividad tratándose de su aplicación a los casos particulares y concretos, dado que no se exige un grado de certeza respecto

del desequilibrio y de su dimensión para así determinar, con fiabilidad, que no se está imponiendo un trato desigual injustificadamente.

Los presupuestos de igualdad, como se ha establecido, exigen que esté suficientemente justificado el establecimiento de un trato diferencial más aun cuando este tiene origen en la ley. La aplicación de la regla de carga dinámica de la prueba en las condiciones que está regulada, permite que se establezcan tratos diferenciales sin el grado de certeza suficiente de que de hecho existe un desequilibrio. Lo anterior puede dar lugar a que en algunos casos la medida de diferenciación carezca de una justificación objetiva, lo que genera que tal medida sea vulnerante de la igualdad.

Con lo anterior se pone de presente que, si bien puede pasar que la mera verificación de alguna de las hipótesis de hecho que integran el concepto de mejor posición para probar sea determinante para la existencia efectiva del desequilibrio y que, además, este sea tal que sin necesidad de mayores razonamientos sea evidente que está justificada en virtud de tal desequilibrio la distribución de las cargas probatorias; también puede pasar que este solo hecho no baste para que se configure la situación de desequilibrio, pues aunque se presente una mejor posición para probar, la parte que se reputa en posición desventajosa respecto de la prueba no se vea afectada en su derecho de defensa, ya que puede tener la posibilidad de acreditar por otros medios los hechos en que se fundan las normas jurídicas cuya aplicación reclama y, aunque con grado de dificultad, pueda desahogar la prueba o aportar otra que dé cuenta del mismo hecho, de tal suerte que la objetividad de la justificación queda rezagada. Así pues no existiría un desequilibrio procesal entre las partes en materia probatoria que sea suficiente para dar mérito a la aplicación de un trato diferencial y en consecuencia si se aplica, sería abiertamente vulnerador del derecho a la igualdad.

La razonabilidad de la justificación

La justificación para la aplicación de una medida de diferenciación, siempre debe estar provista además de objetividad, también de conveniencia y necesidad, lo que se ha venido a llamar, razonabilidad. Este concepto incluye, según lo determinado por la Corte constitucional, la exigencia que se vinculen nociones de justicia, equidad y de prudencia al raciocinio objeto de análisis, esto dado a que, por un lado impone un estudio dirigido a determinar si se justifica el establecimiento del trato desigual de la inminencia para que se produzca una afectación de derechos y, porque, además su establecimiento concilia los intereses implicados a fin de resguardarlos todos en la mayor medida posible; más allá de estos límites la justificación pierde su razonabilidad. Al respecto la Corte en sentencia C-1026 de 2001 consideró lo siguiente:

El contenido mismo del concepto de "razonabilidad" ha sido explorado por la Corte, que en sentencia, dijo "hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. (Corte Constitucional, 2001, p.12)

De manera que una medida de diferenciación no está justificada razonablemente cuando esta no es determinante para evitar la afectación de derechos y, tampoco lo es, cuando no concilie a la luz de la justicia y la equidad los derechos de ambas partes.

Estos asuntos solo es posible que los establezca y los concrete el juez como sujeto neutral inmerso en las realidades de las partes, solo a la luz de la experiencia de cada caso y solo conforme a su conciencia. Las consideraciones de equidad y de prudencia, por su naturaleza, es imposible determinarlas y darles un sentido con rigorismo, no obstante, puede valerse el juez de criterios o estándares que le permitan determinar si la implementación de la medida tiene una justificación racional. Es perfectamente viable el establecimiento de pautas o criterios orientadores que le exijan al operador judicial analizar los eventos conforme a una lógica que propenda por asegurar un análisis por el juez ajustado a las exigencias propias de la igualdad.

Aquí no se presenta un escenario vulnerante de la igualdad pero sí la deja expuesta, ya que pudiendo el legislador proporcionar las pautas y criterios que le ayuden al juez a determinar la razonabilidad de la eventual aplicación de la carga de la prueba en su modalidad dinámica, no lo hizo.

4.3.3. Relación de proporcionalidad y razonabilidad entre la justificación objetiva y razonable de la medida; los hechos que la rodean y el fin que persigue

Debido a que la discusión abordada en el análisis anterior ya se dio en términos de proporcionalidad y razonabilidad, no es del interés abordarlo también aquí, aún más si el análisis presenta un componente inminentemente fáctico y casuístico que no es posible prever aunque se dediquen profundos esfuerzos a ello, dado que la praxis supera a todas luces la capacidad previsiva del derecho.

Sumado a que como se advirtió, es un análisis que involucra la conciencia del operador judicial y los raciocinios que estime conveniente realizar conforme a la realidad particular y concreta de las partes involucradas en la litis, aquí, sin embargo, vale decir que el requisito se cumple cuando exista una relación de proporcionalidad y razonabilidad entre: (i) la justificación objetiva y razonable, sobre el establecimiento

del trato diferenciador, autorizado por el artículo 167 del Código General del Proceso, referido que es la existencia de una situación de desequilibrio real y efectivo en el caso concreto al cual se aplica y en virtud del cual sea determinante el establecimiento de tal trato ante la inminencia de afectación de derechos; (ii) los hechos, que dependen de la situación en concreto y finalmente, (iii) el fin que se persigue, constitucionalmente legítimo y que constituye el de la protección de la igualdad material a que tiene derecho toda persona, más la máxima de que la verdad sea vinculada efectivamente al proceso.

Cabe aclarar que la racionalidad se refiere a la coherencia que debe existir entre estos elementos, que vinculados por preceptos lógicos y no contradictorios además respondan al sentido común y a la razón. Mientras que la proporcionalidad sea fundada sobre la base de que entre estos elementos exista una relación armónica que, sin menosabar la importancia de algunos de ellos, eleve la resonancia de alguno otro cuando la equidad lo haga imperioso.

5. Recomendaciones

Las leyes, como parte integral de un sistema de normas deben estar en coherencia y armonía plena con las demás normas, máxime cuando se trate de aquellas que jerárquicamente guarden con respecto a estas una relación de superioridad. Por esta razón, se exige particularmente de las autoridades a las que se encomienda su creación -órgano legislativo- que las disposiciones normativas, desde su literalidad hasta cualquier otro aspecto en que se manifiesten, aseguren la supremacía del orden constitucional, para lo cual la ley debe fijar su contenido, su alcance y su forma de aplicación con la mayor precisión posible. La disposición legal del artículo 167 del CGP no asegura la supremacía constitucional sino que deja la puerta abierta para que el debido proceso y concretamente la igualdad se vean vulnerados, pues al consagrarse la posibilidad de permitir que el juez establezca un tratamiento desigual, se le otorga a este unos criterios para su establecimiento que no permiten construir un estándar confiable de certeza de que existe una justificación real y objetiva que funde válidamente su procedencia.

El legislador, al no asegurar normativamente que para la aplicación de esta regla se corrobore una justificación objetiva, existiendo la posibilidad jurídica, lo que está haciendo es confiar tal tarea al juez, quien ante la indeterminación normativa debe apelar a su buen criterio y sana crítica frente a la experiencia de cada caso para llenar la omisión legislativa. Se presenta aquí, básicamente, una situación en la que se le entrega al operador judicial, bajo un horizonte poco definido, la aplicación de una regla que por su natu-

raleza debe ser aplicada con agudeza y sumo cuidado. Esto en razón a que, ciertamente, constituye un arma de doble filo, una regla que tal y como está consagrada admite, conforme a la interpretación del operador, una aplicación ajustada a la Constitución; pero también, una aplicación inconstitucional. Este tipo de normas no deben tener cabida en el ordenamiento jurídico, pues este debe estar blindado de normas con contenido vulnerador o vulnerabilizador de los presupuestos de orden superior y en especial de los derechos fundamentales.

Lo que se intenta no es hacer un señalamiento de inconstitucionalidad a propósito de que la norma sea declarada inexistente, este no es el camino más conveniente. La carga dinámica de la prueba tiene un fin legítimo y garantista que constituye un avance claro del sistema jurídico colombiano en materia de adecuación de las instituciones jurídicas procesales a las exigencias de una sociedad en la cual el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva enfrentan cada vez mayores desafíos. La sustracción de la norma del ordenamiento, en consecuencia, constituiría un retroceso y un vacío jurídico, pues se estaría dejando sin protección las situaciones de desequilibrio procesal que ameritan de un tratamiento diferencial equitativo para el goce pleno y en iguales condiciones de los derechos y oportunidades procesales de las partes. Desde esa óptica lo viable es darle al asunto una solución jurídica que concilie las dos consideraciones expuestas, que no implique un retroceso y dejar en el limbo situaciones que entrañan toda la relevancia jurídica, máxime cuando compromete derechos fundamentales, pero que tampoco permita que normas con contenido vulnerador de la supremacía de la Constitución surtan plenos efectos con viraje inconstitucional.

5.1. Mayor precisión normativa

Lo que se demanda del legislador es que genere unos instrumentos normativos a través de los cuales se regule la aplicación de la regla de la carga dinámica de la prueba, de tal modo que se brinde un horizonte claro al juez para que se haga material y concreta en todos los casos, la exigencia de justificar objetivamente el establecimiento de un trato diferencial, pues en este punto debe recordarse que al distribuir las cargas probatorias el juez está, en estricto sentido, gravando a una de las partes con la responsabilidad de acreditar uno o unos hechos con independencia de si son o no el sustento fáctico de la norma cuya aplicación invoca la parte, so pena de que se vean afectadas sus pretensiones. Para la superación de la vulneración a la igualdad se estima que el camino a seguir es la creación de principios o pautas que impongan la satisfacción de un estándar de certeza, para que la medida posea una justificación suficiente y objetiva, en el sentido que en cada caso concreto se verifique que, efectivamente, existe una situación de desequi-

librio entre las partes y que este desequilibrio es tal que genera para una de las partes la imposibilidad de ejercer su defensa. Aunque la contraparte se halle en una posición más favorable para desahogar la prueba, este solo hecho no comporta la justificación suficiente para que el juez le asigne la carga de probar el hecho, cuando este no constituye el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación persigue, sin haber establecido, al menos indiciariamente, si la parte a favor de la cual se hace la distribución cuenta o no con otros medios para emprender la defensa de sus propios intereses. Se recuerda que la comentada es una regla de aplicación excepcional, procedente solo cuando la equidad lo hace imperioso.

Se propone entonces que adicional al filtro fáctico impuesto por la norma consiste en la corroboración sobre la existencia de una mejor posición para probar por una de las partes basado en los siguientes supuestos:

- En virtud de su cercanía con el material probatorio
- Por tener en su poder el objeto de prueba
- Por circunstancias técnicas especiales
- Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio,
- Por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte
- Entre otras circunstancias similares

Deben, además, incorporarse unos criterios generales que aterricen la labor del juez y den certeza que exista efectivamente una situación vulnerante del equilibrio procesal. Tales criterios no pueden ser aislados y sacados de ningún lugar. Los principios que aseguran tal estándar de certeza se sustraen de la Sentencia T-352 de 1997 en donde la Corte manifestó que:

Para que una medida que establece un trato diferenciado en virtud de uno de los criterios constitucionalmente "sospechosos" supere el juicio de igualdad (...) se requiere que se verifiquen los siguientes requisitos: (1) que persiga un objetivo constitucionalmente imperioso; (2) que obren datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida; (3) que es indispensable para alcanzar tal propósito; (4) que el beneficio que se busca obtener es mayor que el daño que causa; y (5) que el trato diferenciado se ajusta al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas involucrados. Si una medida de la naturaleza de la que se estudia, no cumple alguna de estas condiciones, compromete el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo

13 de la Constitución Política. (Corte Constitucional, 1997, p.11)

A continuación se hará una breve exposición de estos principios.

Primer principio: Existencia real y efectiva de un desequilibrio que amerita la medida de diferenciación para evitar la afectación de derechos.

En virtud de esta exigencia, el juez debe realizar un estudio en rigor de la situación de cada una de las partes e incluso, para efectos de crear su convicción respecto a que la aplicación de la medida es imperiosa, puede, sin exceder los límites de la razonabilidad, exigir que la parte acredite que no tiene otro mecanismo de defensa más que la distribución de las cargas.

Segundo principio: Proporcionalidad entre el desequilibrio existente y la diferenciación establecida.

Guardar las proporciones en aplicación de la regla de carga dinámica de la prueba es necesario para no ocasionar un contrasentido de la figura pues como se expresó, esta constituye un arma de doble filo que exige que en aplicación del beneficio a favor de una de las partes por considerarse que se halla en posición desventajosa de la relación procesal, no se vayan a invertir los papeles sino que se asegure el restablecimiento de la igualdad material.

En atención a este principio se debe dar al juez la posibilidad para, que interroguen exhaustivamente a las partes a fin de hallar la justa intensidad de la diferenciación y la cuota óptima de distribución. Y se le debe imponer también la exigencia de que motive ampliamente la decisión que adopte de distribuir las cargas tanto, cuando se profiera como consecuencia de su iniciativa oficiosa o cuando se profiera como consecuencia de la solicitud de parte. A esta misma exigencia deberá estar sometida la decisión que niegue la solicitud de distribución de las cargas probatorias.

La incorporación de las exigencias planteadas puede traer costes, especialmente en lo que tiene que ver con la economía procesal, pero el beneficio que procuran es mayor. Respecto a otros criterios de regulación, además de lo expuesto, algunas de las precisiones que en la administración de justicia ya se venían dando en torno a la aplicación de la carga dinámica de la prueba a propósito de la experiencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia en cuyas jurisdicciones el uso de la figura ha tenido trayectoria, han sido proyectadas por la vía jurisprudencial. Sentencias como las que se relacionan en la Tabla I, pág 218, han tocado aspectos de la aplicación de la regla de carga dinámica

Tabla I.

Sentencias relacionadas con la aplicación de la carga dinámica

CORPORACIÓN	FECHA / RADICADO	CONSIDERACIÓN
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. M.P: Carlos Betancur Jaramillo	Bogotá D.C, 24 de agosto de 1992 Expediente N°: 6754	"La falla presunta no traslada totalmente la carga de la prueba, sino que la distribuye según los criterios del juez"
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez	Bogotá D.C, 10 de febrero de 2000 Expediente N°: 11878	"La teoría de la carga dinámica de la prueba, sustentada en el principio constitucional de equidad, no se debía interpretar como regla general pues su aplicación dependía del caso concreto"
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P: Fernando Alberto Castro Caballero	Bogotá D.C, 25 de mayo de 2011 Expediente N°: 33660	"El concepto de carga dinámica de la prueba (...) ha sido reconocido por la jurisprudencia de la sala con ocasión especialmente de la entrada en vigor del sistema procesal acusatorio, el cual permite exigir a la parte que posee la prueba, que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca y también señala que este principio se aplica no para que al procesado se le demande demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador".
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral M.P: Francisco Javier Ricaurte Gómez	Bogotá D.C, 3 de mayo de 2011 Expediente N°: 26126	"Una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de revisión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a esta dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida, de conformidad con el art. 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual".

Fuente: El Autor

que tienen implicaciones con el derecho a la igualdad y de las cuales es posible sustraer algunos presupuestos para su aplicación.

De las anteriores sentencias se pueden sustraer los siguientes presupuestos de aplicación:

- Cuando exista una circunstancia técnica especial se debe considerar que su existencia implique, para la otra parte, el desfasamiento de su esfera de dominio y, en consecuencia, se exonere solo en cuanto a tal desfasamiento de la carga de probar.
- Exigir a la parte que posee la prueba que la presente y pueda así cubrir los efectos de lo ya demostrado por la contraparte. Solo se da esta oportunidad cuando la parte fue diligente y de la situación procesal surge la posibilidad en virtud del derecho de defensa, aun por fuera de la oportunidad probatoria señalada, la posibilidad que se incluya la prueba cuando haya un indicio de razón a favor de la parte que se beneficia con la medida.
- En ningún caso la aplicación de la regla de carga dinámica puede operar para cubrir la negligencia o falta de asunción de las cargas probatorias de las partes, pues la misma naturaleza de la institución exige que quien no cumple la carga debe asumir la consecuencia procesal de su omisión.

- Cuando se trate el proceso de un conflicto a propósito del desarrollo de actividades peligrosas, cuyo régimen de responsabilidad sea objetivo, se deberá proceder con observancia plena de las normas relativas a la responsabilidad.
- Cuando se trate de asuntos en los que la parte estaba en la obligación de guardar diligencia y cuidado, la carga de probar debe trasladarse a ella, dada la calidad de obligado a la prudencia.

En el ordenamiento jurídico, entendido como un todo al servicio de la justicia, no deben existir normas ni levemente inconstitucionales, pues no es dable permitir que disposiciones con contenido vulnerador de la Constitución tengan vigencia. En el entendido que no es una opción inteligente sacarlas del ordenamiento cuando tienen a su vez un sentido o posible forma interpretativa que brinda todos los beneficios y asegura la efectividad de derechos y la concreción del Estado social, requiere ser subsanada su vulneración mediante vías que permitan la subsistencia de tales beneficios, así, si lo que se le reprocha a la norma del artículo 167 del CGP es que carece de criterios para asegurar que el tratamiento diferenciador se dé en cada caso particular, fincado en una justificación objetiva, lo viable es proveer de tales criterios a la norma. Las consideraciones y principios anteriormente expuestos constituyen elementos tendien-

tes a asegurar tal fin, luego constituyen unos instrumentos que permiten superar el reproche aquí señalado. Se presentan en lo subsiguiente un pliego de alternativas jurídicas que hagan viable la superación de la contingencia de vulneración a través de la incorporación al sistema normativo de los presupuestos, consideraciones y principios expuestos:

- a. Que el Congreso de la República por iniciativa propia los incorpore mediante norma que reglamente la aplicación de la regla de la carga dinámica
- b. La realización de un exhorto por parte de la Corte Constitucional al Congreso en este mismo sentido.
- c. La modulación por la Corte Constitucional mediante sentencia aditiva.

La sentencia modulativa de tipo aditiva por medio de la cual se incorporen los instrumentos normativos, hace posible que se adhieran elementos normativos a las disposiciones del ordenamiento jurídico que son sospechosas. De este modo la norma en mención puede adquirir una forma de aplicación que excluya el contenido vulnerador que presenta y se vuelva plenamente constitucional. De ese modo se proyecta la suplencia de vacíos o indeterminaciones normativas.

5.2. Viabilidad

La opción y validez jurídica de las propuestas establecidas es plena, pues aunque se esté en presencia de la renombrada facultad de configuración legislativa del Congreso, y que en virtud de esta pueden sin perjuicio de su validez, proyectarse en el ordenamiento normas como las que aquí se analizan, se pone de presente también que el legislador, con respecto a la constitución tiene una relación bidimensional en la que existe libertad, en medio de las limitaciones propias que impone la misma Constitución que, en general, subordinan la actuación del legislativo a la supremacía constitucional como mandato del artículo 4 de la Constitución Política. Al respecto, la Corte Constitucional consideró en sentencia C-835 de 2013 lo siguiente:

Esta corporación ha puntualizado que el margen de configuración normativa que le es propio al legislador no resulta absoluto, pues encuentra sus límites en los principios y valores constitucionales. La actividad del legislador se ajusta a la carta política si atiende: (i) principios y fines del Estado como la justicia y la igualdad; (ii) la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos el debido proceso; (iii) los principios de razonabilidad y proporcionalidad al establecer las normas respectivas y (iv) la realización material de los derechos y del principio de supremacía del derecho sustancial sobre las formas. En igual sentido, esta corpora-

ción ha indicado que toda medida de intervención por parte de la administración debe atender los principios de raigambre constitucional de legalidad y proporcionalidad, no siendo posible que tengan un carácter indeterminado. (Corte Constitucional, 2013, p.23)

No obstante, hay aspectos en los que el legislador tiene un margen mayor de discrecionalidad, como el campo propio de la consagración de los procedimientos judiciales y en lo que tienen que ver con el desarrollo legal de valores.

El exhorto propuesto o la sentencia modulativa, puede verse como una irrupción de la Corte Constitucional en la libertad de configuración legislativa de que goza el Congreso de la República, pero esta no solo se justifica en la medida en que las facultades del Congreso se encuentran limitadas por la Constitución, sino que también se justifica porque si bien la igualdad es un valor y, tal como lo ha planteado la Corte constitucional en Sentencia T-406 de 1992, los valores presentan:

Enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido y le que corresponde al legislador; de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de los valores a través de leyes, la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos (Corte Constitucional, 1992, p.11)

De igual modo es también un derecho fundamental, dado el carácter otorgado por el artículo 13, y como derecho es susceptible de un control y una regulación más cercanos por parte de la Corte Constitucional.

6. Conclusiones

La carga de la prueba es una noción procesal que implica una regla de juicio que le indica a las partes ya no la autorresponsabilidad para que aparezcan demostrados los hechos que sirven de sustento a la norma jurídica cuya aplicación invocan, dado que la noción así entendida se circunscribe a la mera acepción de la carga de la prueba estática; sino, la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas, cuya aplicación se reclama en el proceso, aparezcan demostrados o desvirtuados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar a la luz del acervo probatorio constituido. En el entendido que este concepto también incluye la noción de carga de la prueba en su modalidad dinámica.

La carga dinámica de la prueba por su parte es una regla de juicio a través de la cual el juez puede distribuir entre las partes la responsabilidad en forma de carga, de probar los hechos en atención a las particularidades de cada caso y fijar tal responsabilidad a la parte a la que le quede más fácil acreditar el hecho por estar en mejores condiciones para hacerlo, en contraste con la extrema dificultad en la que se halla la contraparte.

Con la entrada en vigencia de la ley 1564 del 2012 se establece la modalidad de carga probatoria dinámica en el ordenamiento jurídico colombiano de lleno, como un intento de la nueva legislación por coadyuvar en la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva. Este presupuesto constituye, junto con la obtención de la igualdad real y material entre las partes, el sustento jurídico y axiológico para que la figura de la carga de la prueba dinámica se haya hecho un lugar en la ley.

La igualdad procesal puede vulnerarse con la creación por el legislador de beneficios a favor de una de las partes involucradas en el proceso, o con la fijación de cargas o situaciones que agraven la posición de estas sin el fundamento suficiente, de manera que un trato diferencial debe estar plenamente justificado.

Ha dicho la Corte Constitucional en sus sentencias que es válidamente procedente un trato desigual en aplicación del contenido del artículo 13 de la Constitución Política, cuando haya respaldo de una justificación objetiva y razonable.

El debido proceso es vulnerado en su elemento de igualdad con la aplicación de la regla en las condiciones normativas en las que actualmente se encuentra. Para comprender el concepto de la vulneración que se alega, hay que tener en cuenta que su óbice no se halla en la regla de la carga dinámica en sí misma considerada, pues se reitera que con su aplicación se persigue la efectividad de la igualdad material y el aseguramiento de la prevalencia de los derechos contenidos en normas de derecho sustancial y, por lo tanto, la regla es constitucional considerada en su espíritu y los fines que persigue. Luego, no es que la posibilidad para que el juez pueda distribuir las cargas probatorias sea una facultad que a priori se pueda considerar como violatoria de la igualdad.

Empero, el punto crítico del que se verifica y se desprende el concepto de vulneración a la igualdad, es la forma como fue consagrada positivamente la aplicación de esta regla en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Con respecto a lo anterior, en primer lugar, debe considerarse que se constituyó propiamente, a efectos de resguardar la igualdad, un trato diferencial equitativo de

origen legal que viabiliza el paso una regla inspirada en el principio de igualdad de las partes, la cual exige a estas que prueben el supuesto de hecho que sirve de sustento a las normas cuya aplicación están invocando. En segundo lugar, existe la posibilidad de sustraerse de la condición de igualdad formal e imponer el beneficio a favor de una de las partes, en los casos en que la otra se encuentre en mejor posición para probar, de tal modo que se realice una distribución de las cargas probatorias por parte del juez, con el fin de restituir la igualdad material y superar la situación de desequilibrio existente.

Sin embargo, esta medida, debe tener su base en una justificación objetiva y razonable, pues de otro modo se estima como un tratamiento diferenciador vulnerante del derecho a la igualdad, examen que la norma aludida no aprueba.

Una justificación para aplicar los presupuestos de carga dinámica de la prueba es, propiamente, la existencia una situación que amerita un trato diferenciador, y que está contrariamente recibiendo un tratamiento igual en aplicación de la regla tradicional y estática de carga probatoria. Esto puede darse debido a que existe un desequilibrio entre las partes y este es de tal envergadura que exige que se distribuyan las cargas probatorias a efecto de garantizar un derecho de defensa ejercido en igualdad de condiciones. Tal justificación se estima objetiva solo en la medida en que para el caso concreto efectivamente se presente; sin embargo, la norma no garantiza esto, puesto que, confía la objetividad de la justificación al juez y para ello le otorga unos criterios que no ofrecen grado de certeza alguno para valorar si la situación de desequilibrio, efectivamente se concrete en un caso particular y, si aún concretada, que el desequilibrio sea tal que amerite el trato diferenciado.

En el sistema jurídico no deben existir normas que permitan la violación de derechos sino que el legislador debe desarrollar su labor, siempre dando garantía de la supremacía del orden constitucional, pues la seguridad jurídica reivindica y demanda que el ordenamiento esté protegido de decisiones con contenido arbitrario. No obstante, la declaratoria de inexequibilidad de una norma como esta, constituiría un vacío jurídico, pues a eso equivaldría sacar del ordenamiento las garantías que esta establece. Por lo tanto, esto no es viable dado que la sociedad actual reclama unas instituciones jurídicas actualizadas y comprensivas en la mayor medida posible de todas las relaciones humanas.

Ante la situación expuesta, se propone la modulación de la norma a través de la incorporación de principios que otorguen criterios de aplicación de la regla de carga dinámica de la prueba, que aseguren que esta se dé solo cuando se logre establecer la existencia de una justificación suficiente

y objetiva, y que no permitan que por una interpretación dejada al juez se desdibuje el sentido de la figura y se le dé una aplicación vulneradora de la igualdad.

Entre los criterios propuestos están: (I) Existencia real y efectiva de un desequilibrio que amerita la medida de diferenciación para evitar la afectación de derechos, en virtud del cual el juez debe realizar un estudio en rigor de la situación de cada una de las partes e incluso para efectos de crear su convicción, respecto a que la aplicación de la medida es imperiosa y puede, sin exceder los límites de la razonabilidad, exigir que la parte acredite que no tiene otro mecanismo de defensa más que la distribución de las cargas; y (II) Proporcionalidad entre el desequilibrio existente y la diferenciación establecida, en atención al cual se debe dar al juez la posibilidad de interrogar exhaustivamente a las partes, a fin de hallar la justa intensidad de la diferenciación, la cuota óptima de distribución. Y se le debe imponer también la exigencia de que motive ampliamente la decisión que adopte de distribuir las cargas, cuando se profiera como consecuencia de su iniciativa oficiosa o cuando se profiera como consecuencia de la solicitud de parte. A esta misma exigencia deberá estar sometida la decisión que niegue la solicitud de distribución de las cargas probatorias.

Los criterios plantean una suerte de exigencias al operador judicial para poder aplicar la regla, y permiten la conciliación de la obligación simultánea de administrar justicia y de procurar llegar a ella con respeto pleno al debido proceso.



Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Referencias bibliográficas

Doctrinales:

1. PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 15. ed. Bogotá:ABC, 2006. 841 p.
2. ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría General de la prueba judicial. Tomo I. Buenos Aires:Victor P. de Zavalía, 1972. 780 p.

Legales y convencionales:

3. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. (6, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, D.C., 1991. No. 116.
4. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REÚBLICA. Ley 1564. (12, Julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2012.No. 48.489.art 167.

5. WASHINGTON D.C. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (7 al 22, noviembre, 1969). San José, Costa Rica, 1969.Art. 8

Jurisprudenciales:

6. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2010.C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
7. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-248 del 14 de Abril de 2013. M.P Mauricio Gonzales Cuervo.
8. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 del 27 de Enero de 2009. M.P Rodrigo Escobar Gil.
9. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 del 5 de Junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
10. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 del 28 de marzo de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
11. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-665 del 12 de noviembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.
12. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992. M.P Alejandro Martínez Caballero.
13. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1026 del 26 septiembre de 2001. M.P Eduardo Montalegre Lynett.
14. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-352 del 30 de julio de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
15. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-835 del 20 de noviembre de 2013.M.P. Nilson Pinilla Pinilla.