Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Carga dinámica de la prueba en el proceso civil colombiano.

Análisis y propuestas en perspectiva del Estado Social de Derecho

Paola Andrea Castellanos Bravo

**Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho con énfasis en
Empresarial y Contractual**

Director

Pedro García Obando

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Maestría en Derecho con Énfasis en Empresarial y Contractual

2017

Dedicatoria

A mis padres Elizabeth y Luis Antonio.

*Cuyo ejemplo de vida y superación han sido el impulso para lograr mis metas
profesionales.*

A mi hijo Juan Camilo.

*Quien con su cariño y comprensión mantiene viva la llama de mi felicidad y se ha
convertido en el motor por el cual sigo superándome.*

A mis demás familiares.

Por esa voz de aliento en mis momentos de desasosiego.

A mis amigos.

Por su colaboración incondicional y sus palabras de apoyo en el día a día.

Agradecimientos

A Dios por haberme dado la sabiduría y la fortaleza para alcanzar este logro. Sé que aún tengo camino por recorrer y siempre estará esa fuerza interior orientándome para obrar con prudencia y benevolencia.

A mi director de tesis, Dr. Pedro García Obando, le reconozco su esfuerzo y dedicación así como las orientaciones que compartió para hacer una tesis con calidad y excelencia, generando admiración y respeto de mi parte. Igualmente a mis asesores doctores Lina María Reyes y José Vicente Hurtado, quienes fueron persistentes en sus exigencias y me inculcaron el rigor académico en la elaboración de este trabajo.

Mi gratitud a todos los profesores de la Maestría, quienes me permitieron aprender durante las sesiones académicas, compartieron sus conocimientos y creyeron en nuestras capacidades y competencias.

A mis compañeros de curso: sin ustedes cada clase y cada momento no hubiera significado tanto en mi proceso formativo. Su apoyo incondicional nos hizo sentirnos una comunidad fuerte y sólida.

Tabla de contenido

	Pág.
1. Carga dinámica de la prueba en el proceso civil colombiano. Análisis y propuestas en perspectiva del Estado Social de Derecho	20
1.1 Definición del problema	20
1.2 Justificación	21
1.3 Objetivos.....	22
1.3.1 Objetivo general.	22
1.3.2 Objetivos específicos.....	23
2. Marco Referencial	23
2.1 Capítulo 1. Teoría de la carga dinámica de la prueba en un estado social de derecho	23
2.1.1 Naturaleza jurídica de la carga de la prueba.....	24
2.1.1.1 Onus probandi: una carga procesal	24
2.1.1.2 Etapas históricas de la concepción del onus probandi	27
2.1.1.3 Regla de valoración del onus probandi	28
2.1.1.4 Estática del onus probandi.....	31
2.1.2 Estado Social de Derecho en Colombia	33
2.1.2.1 Sentido principalístico del Estado Social de Derecho.....	34
2.1.2.2 La prueba como garantía del debido proceso.....	37
2.1.2.3 Constitución Política de 1991 y su impacto en el derecho procesal	38

2.1.2.4	Tutela judicial efectiva en el proceso oral y por audiencias	41
2.1.2.5	El rol del juez y su repercusión en el proceso oral.....	43
2.1.2.6	Los principios del derecho probatorio y su aplicación en el proceso oral	44
2.1.3	La carga dinámica de la prueba en Colombia como Estado Social de Derecho	47
2.1.3.1	Noción de carga dinámica de la prueba	48
2.1.3.2	Flexibilidad del nuevo dinamismo probatorio	50
2.1.3.3	Regulación normativa colombiana de la carga dinámica de la prueba ...	52
2.1.3.4	El interés público y su influencia frente al onus probandi	56
2.1.3.5	Alcance del principio del debido proceso en la regla del onus probandi	58
2.1.3.6	El juez como director del proceso	60
2.1.3.7	Posibles dificultades en el decreto ex officio de pruebas.....	64
2.1.3.8	Principios relevantes de la carga dinámica de la prueba	67
2.1.3.9	Aplicaciones de la carga dinámica de la prueba	71
2.2	Capítulo 2. La carga dinámica frente a los medios de prueba del código adjetivo colombiano	75
2.2.1	Medios de prueba en el Código General del Proceso	76
2.2.1.1	Declaración de parte.....	76
2.2.1.2	Confesión	78
2.2.1.3	El juramento	81
2.2.1.4	Testimonio.....	84

2.2.1.5	Inspección judicial.....	87
2.2.1.6	Dictamen pericial	88
2.2.1.7	Prueba por informe.....	91
2.2.1.8	Indicio.....	93
2.2.1.9	Documentos.....	96
2.2.2	Los medios probatorios frente a la carga dinámica de la prueba.....	99
2.2.2.1	Generalidades	99
2.2.2.2	Iniciativa probatoria de acuerdo a diversos sistemas procesales.....	101
2.2.3	Visión jurisprudencial sobre la carga dinámica en medios probatorios	106
2.2.3.1	Frente a la declaración de parte.....	107
2.2.3.2	Frente a la confesión	109
2.2.3.3	Frente al juramento estimatorio.....	111
2.2.3.4	Frente al documento	112
2.2.3.5	Frente al dictamen pericial	113
2.2.3.6	Frente al informe	114
2.2.3.7	Frente al indicio.....	115
2.2.3.8	Inferencia de la carga dinámica frente a los medios probatorios	116
2.2.4	Reflexiones doctrinales.....	116
2.3	Capítulo 3. Transformación del <i>onus probandi</i> a partir de la teoría de la carga dinámica.....	121
2.3.1	Mecanismos de defensa del derecho a la prueba.....	121
2.3.1.1	Los recursos.....	122

2.3.1.1.1	Recurso de reposición.....	122
2.3.1.1.2	Recurso de apelación.....	123
2.3.1.2	Nulidades.....	124
2.3.1.3	La acción de tutela.....	126
2.3.2	Criterios de valoración judicial de la carga dinámica de la prueba en el Estado Social de Derecho.....	130
2.3.2.1	Análisis normativo y doctrinal.....	130
2.3.2.2	Postura jurisprudencial colombiana.....	138
2.3.3	Yerros judiciales frente a los criterios de valoración al invertir el <i>onus probandi</i>	142
2.3.3.1	Decisión dentro de un proceso ejecutivo.....	143
2.3.3.2	Decisiones en procesos de pertenencia.....	144
2.3.3.3	Decisiones en procesos de restitución de inmueble.....	147
2.3.4	Iniciativas para aplicar la carga dinámica de la prueba en perspectiva del Estado Social de Derecho.....	151
2.3.4.1	En cuanto a la discrecionalidad judicial.....	151
2.3.4.2	En cuanto a la posibilidad procesal.....	152
2.3.4.3	De cara a los mecanismos de defensa de la prueba.....	153
2.3.4.4	Trámite incidental.....	154
2.3.4.5	Posibilidad de aplicar otros medios de prueba.....	154
2.3.4.6	Posibilidad de apoyo en medios tecnológicos.....	155
2.3.4.7	Agotamiento del derecho de petición y otras garantías procesales.....	156

2.3.4.8	Posibilidad de suplir la carga dinámica de la prueba con la facultad oficiosa	
	156	
2.3.4.9	Dificultad en el término de duración del proceso	157
3.	Conclusiones.....	159

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 1. <i>Principios que sustentan la carga dinámica y su fundamento</i>	70
Tabla 2. <i>Formas de contradicción de la prueba documental</i>	98
Tabla 3. <i>Iniciativa de modificación legislativa</i>	158

Glosario

Axiomas procesales: Propositiones evidentes de las que se pueden derivar premisas dentro del procedimiento.

Bloque de constitucionalidad: Normas y principios que fungen mancomunadamente con la Constitución. Si bien es cierto no se están taxativamente estipulados en la Carta Política, sirven como referencia y parámetro de control para fiscalizar la constitucionalidad de las leyes.

Carga dinámica de la prueba: Teoría del derecho probatorio que consiste en distribuir la carga de la prueba a quien se encuentre en mejor condición para probar, desplazando la responsabilidad de quien tenía el deber legal de demostrar.

Carga probatoria estática: Peso procesal impuesto a quien está en el deber de evidenciar los supuestos de hecho que consagran las normas jurídicas y que generen consecuencias jurídicas. Es decir, incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta.

Carga procesal: Reglas de conducta impuesta a las partes dentro de un proceso judicial; sin embargo, siendo facultativas su omisión trae consecuencia jurídica adversa para el omisivo.

Código adjetivo: Conjunto de normas proferidas por el legislador para garantizar la efectividad del derecho sustancial. Es decir, para velar por los derechos y el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

Confesión ficta: Consecuencia procesal que surge de la conducta de quien guarda silencio

en un interrogatorio directo o frente a preguntas formuladas en pliego escrito.

Contrario sensu: Proposición opuesta ante una afirmación o negación de una premisa.

Criterio individualista: Carga procesal facultativa impuesta por la ley a cada parte que está en el deber de probar; su omisión conlleva a consecuencias desfavorables.

Criterios de valoración judicial: La operación intelectual o proceso mental de orden crítico que hace el juez sobre el acervo probatorio, con el fin de tener certeza de los hechos para proferir sentencia.

Decreto *ex officio*: Facultad legal del juez para ordenar pruebas de oficio en cualquier momento del proceso y hasta antes de dictar sentencia. Entendiéndose como deber cuando se trate de pruebas necesarias según la ley.

Derecho sustantivo: Conjunto de normas establecidas que establece los derechos y obligaciones de los sujetos dentro del ordenamiento jurídico

Distribución de la carga: Imposición que hace el juez al extremo de la relación jurídica que tenga la mejor posición para probar y que por ley no estaría en el deber de demostrarlo.

Estado Social de Derecho: Marco jurídico político basado en principios y valores, con reconocimiento y respeto de los derechos individuales y colectivos, con primacía de los intereses públicos, siempre en función de velar por un orden justo.

Ex parte: A petición de la parte interesada

Inversión de la carga probatoria: Desplazamiento de la obligación de probar a aquel quien por ley no sería el responsable de hacerlo.

Juramento estimatorio: Medio probatorio impuesto a quien pretenda dentro del proceso indemnizaciones, compensaciones, pago de frutos o mejoras

Modelo probatorio dispositivo: Sistema procesal por el cual el debate en el proceso judicial compromete intereses particulares; la reconstrucción de los hechos le incumbe a las partes y por consiguiente les corresponde la iniciativa probatoria.

Modelo probatorio inquisitivo: Aun cuando las partes tengan la iniciativa probatoria y deban aportar las pruebas que se encuentren en su poder, la verificación de asimetrías que dificulten acceder a las pruebas hacen que el director del proceso decrete pruebas de oficio para verificar los hechos y hallar la verdad real debatida en juicio.

Non liquet: Decisión judicial que contempla la posibilidad de que una cuestión permaneciese imprejuizada por falta de datos o de una norma directamente aplicable. Fallo inhibitorio.

Obligaciones de medio: Compromete la actividad diligente para lograr un resultado positivo, sin responsabilizarse de éste porque obedece a situaciones que escapan a su control.

Onus probandi: Carga procesal

Precedente jurisprudencial: Fuente formal del derecho que surge de soluciones adoptadas por las Altas Cortes.

Principialística: El imperio de los principios generales del derecho como referente fundamental en las decisiones judiciales.

Principio de comunidad: Independientemente de quien tuvo la iniciativa de aportar o practicar la prueba e incluso siendo decretada de oficio, una vez incorporada al proceso entra a formar parte del expediente y no es viable prescindir de ella.

Principio de solidaridad: Apoyo incondicional a causas o intereses ajenos dentro del proceso judicial, especialmente en situaciones comprometidas o difíciles relacionadas con el

acceso a los medios probatorios.

Quaestio facti: Cuestiones de hecho alegadas en un litigio.

Tutela judicial efectiva: Derecho de rango constitucional y fundamental que garantiza a todas las personas el acceso a la administración de justicia y la satisfacción de los intereses en litigio.

Valores fundantes: Principios que permiten orientar el comportamiento en función de la realización de personas con protección constitucional.

Verbi gratia: Por ejemplo.

Resumen

Se presenta un estudio sobre cómo fue incorporándose la carga dinámica de la prueba en el proceso civil colombiano. Análisis en principio, bajo criterios jurisprudenciales que comprendieron el alcance del Estado Social de Derecho establecido en la Carta Política de 1991, pero que luego adquirió carácter legal con el Artículo 167, inciso 2º, del Código General del Proceso. Investigación que permitió comprender el deber ser del juez al cotejar la asimetría de las partes procesales para probar situaciones fácticas alegadas, con el rompimiento de paradigmas en materia probatoria, pero que también reveló ciertas preocupaciones frente a la aplicación de la inversión de la carga, como posibles riesgos de vulneración para la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

Palabras claves: carga dinámica probatoria; carga estática probatoria; *onus probandi*; inversión de la carga; principio de comunidad; principio de solidaridad.

Abstract

A study will be presented on how the dynamic burden of proof was incorporated in Colombian civil procedure. Analysis it began as jurisprudential criteria covering the reach of the social state covered by the rule of law established in the 1991 constitution, but later became legislative with Article 167, subsection 2, of the General Procedural Code. This research allowed for an understanding of the judge's role in weighing the asymmetry of the procedural parties when establishing alleged factual situations, breaking paradigms in the

realm of burden of proof, while also revealing some concerns with regards to the application of the burden shifting, such as potential risks of infringing on someone's rights to an effective judicial “tutela” and to judicial security.

Keywords: dynamic burden of proof; static burden of proof; *onus probandi*; burden shifting; principle of community; principle of solidarity

Introducción

Como quiera que Colombia es un Estado Social de Derecho que exige pensarse desde la transformación jurídica, el vuelco que se produjo en el ordenamiento al pasarse del formalismo y estatismo a un derecho dinámico ajustado a las nuevas tendencias sociales, hace más exigente el rol de los jueces para alcanzar la finalidad de la jurisdicción - avalar la tutela judicial efectiva bajo los principios y valores constitucionales -. Para ello, la evolución legislativa en el área del derecho procesal privado permitió que se promulgara el Código General del Proceso, cuyas disposiciones llenaron viejos vacíos que otrora se resolvieran con precedente jurisprudencial. Pudiéndose decir que en este ordenamiento adjetivo se señalaron aspectos de interés en materia probatoria, bajo la pretensión de situar a los extremos de la relación jurídica procesal en un plano de igualdad y dirigidos por un funcionario objetivo, quien debe conducir el debate hacia soluciones justas. Se comprende entonces, que ese giro tuvo incidencia en el *onus probandi* y en particular en la distribución que de éste haga el operador judicial dentro de una causa privada. No obstante, la descripción del Artículo 167, inc.2º, del código procesal sobre la potestad judicial para distribuir la carga, ya *ex officio* o *ex parte*, permite que no haya uniformidad de criterio al generar el dinamismo pretendido. Primero, por el momento procesal en que se pueda realizar la inversión probatoria y segundo, por las realidades que lo lleven a ello; dado que, aunque la norma identifica cuatro situaciones específicas, ese texto que indica “entre otras circunstancias similares”, deja abierta la posibilidad para que sea el criterio personal del juez el que impere al momento de proceder.

Surge entonces la urgencia de escudriñar los razonamientos que deben servir de guía a jueces y abogados para entender el poder dispositivo de quien regenta el proceso al utilizar

la teoría de la carga dinámica de la prueba, en aras de apreciar la seguridad jurídica dentro de la *litis*. Razón que lleva a plantear la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles deben ser los criterios jurídicos del juez para aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en el proceso civil colombiano desde la perspectiva del Estado Social de Derecho? Su respuesta dependió del alcance del objetivo general: “Determinar los criterios jurídicos a tener en cuenta por el juez al aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos civiles, desde la perspectiva del Estado Social de Derecho”, segmentado en tres objetivos específicos: (1) Analizar la carga dinámica de la prueba dentro de un Estado Social de Derecho; (2) Establecer cómo opera esa carga dinámica frente a los medios de prueba que se encuentran incorporados en la nueva legislación adjetiva colombiana; y (3) Determinar las consecuencias de la transformación del *onus probandi* bajo el Estado Social de Derecho, en cuanto a su carga dinámica.

Se inició este ejercicio con la hipótesis de que el régimen de la carga dinámica de la prueba debe tener límites que orienten al funcionario judicial, en razón a su deber-poder en la actividad probatoria que ha de cumplirse bajo tutela constitucional, para evitar que por las distintas maneras de interpretar y aplicar las disposiciones jurídicas en cuanto a pruebas se refiere, se vulneren derechos de los desfavorecidos y se omita el principio de solidaridad cuando de distribución del peso probatorio se trate.

Metodológicamente se realizó una revisión doctrinal, normativa y jurisprudencial, con carácter cualitativo y enfoque interpretativo sobre aspectos analíticos y jurídicos, al examinar un antes y un después del Código General del Proceso colombiano y en particular de las transformaciones surgidas bajo el Estado Social de Derecho. La pretensión de este enfoque

fue rescatar la teoría dinámica de la prueba con sus limitaciones y alcances, para motivar seguridad jurídica dentro de un marco de principios y derechos fundamentales contenidos en la Carta Política de 1991, de tal manera que aquella falta de similitud en los criterios para establecer cuándo y cómo se aplica, se supere con la identificación de criterios orientadores para jueces, abogados y estudiantes de leyes.

El discernimiento imperante para realizar esta investigación fue la comprensión de qué significa el principio fundamental del Estado Social de Derecho y su implicancia en materia probatoria en los procedimientos civiles. A esas cavilaciones se llegó porque, exigiéndose el respeto de derechos individuales y colectivos con imperio de la función social, de la Constitución Política de Colombia se derivan los fines esenciales del Estado y su pertinencia frente a los procesos judiciales. Pertinencia desde diferente tópicos, uno de los cuales tiene que ver con el derecho probatorio y con la regla general “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (CGP, art. 167, inc.1º), dado que la carga probatoria constituye una elección en cabeza de las partes, como elemento de juicio para decidirse frente a la resolución de conflictos. Peso que fue adquiriendo flexibilidad por vía jurisprudencial bajo la denominada teoría de la carga dinámica de la prueba, como complemento a la regla clásica para permitirle al director del proceso establecer quién debe asumir la responsabilidad de probar. En concordancia, esta teoría dinámica debe utilizarse con respeto de los principios constitucionales, como la solidaridad y la igualdad entre las partes.

En el anterior orden de ideas, se estructuraron tres capítulos enfocados a alcanzar los objetivos específicos planteados. El primero desarrolla la teoría de la carga dinámica de la

prueba en el Estado Social de Derecho colombiano, con una revisión acerca de la naturaleza jurídica del *onus probandi*, de la concepción y alcance del Estado Social de Derecho y cómo se va flexibilizando y regularizando la prueba bajo la Constitución Política de 1991, evidenciando un rol más activo de parte del juez. En el segundo se estudian los medios probatorios legales que sirven para demostrar las *quaestio facti* alegadas, así como la revisión doctrinal sobre iniciativa probatoria desde los modelos dispositivo, inquisitivo y mixto, y la postura de la jurisprudencia en cuanto a la distribución del peso probatorio por parte del operador judicial, para finalizar con ciertas reflexiones en cuanto a esos medios de prueba. Finalmente, se desarrolla el capítulo sobre la transformación de la carga de la prueba a partir de su teoría dinámica, esbozando inicialmente los mecanismos de defensa del derecho a la prueba, luego los criterios de valoración judicial de aquel dinamismo al distribuirse la carga probatoria, así como ciertos yerros judiciales que se han evidenciado en algunos despachos y fueron analizados por las Altas Cortes. Reflexión sobre la evolución que termina con una propuesta por parte de la autora, con el fin de mostrar un camino libre de riesgos.

Por último el lector podrá apreciar las conclusiones emanadas de esta investigación, direccionadas a orientar a estudiantes, abogados, jueces, legisladores y en general a quienes pretendan ahondar los criterios de valoración judicial de la carga dinámica de la prueba en el Estado Social de Derecho.

1. Carga dinámica de la prueba en el proceso civil colombiano. Análisis y propuestas en perspectiva del Estado Social de Derecho

1.1 Definición del problema

Como quiera que bajo el Estado Social de Derecho cambió el viejo paradigma de que el juez sólo interpreta y aplica normas de derecho positivo, por una visión que lo hace más responsable de garantizar los principios constitucionales bajo el enfoque humanista con protección de los intereses públicos, la expectativa de los gobernados es que las decisiones judiciales respondan a la realidad de los hechos bajo criterios que eviten sentencias inhibitorias. Aspiración que incluye las responsabilidades probatorias dentro de los procesos civiles colombianos, atendiendo a las transformaciones necesarias para responder a la seguridad jurídica, pilar fundamental de la democracia.

En efecto, el Código General del Proceso, proferido en el año 2012, incluye los contextos que se venían analizando en diversas decisiones judiciales anteriores a este ordenamiento pero argumentadas bajo la vigencia de la Constitución Política de Colombia, impregnando de justicia social los criterios valorativos probatorios, con el enfoque de que las partes estén en plano de igualdad y los jueces obren con imparcialidad. En ese orden de ideas, dicho Código regula la flexibilización probatoria de la regla clásica del *onus probandi*, tipificando la carga dinámica de la prueba; teoría que otorga facultad y deber concomitantes en cabeza del juez para redistribuir la obligación de probar, al entender que si hay asimetría entre las partes porque una de ellas tiene condición desfavorable para aportar la evidencia que le atañería, da lugar a no aplicar el principio general de que le incumbe probar a quien pretenda

el efecto jurídico contenido en la norma que sustenta su postura, sino a realizar la distribución de la carga.

A simple vista podría afirmarse que la nueva mirada en cuestión de distribución del *onus probandi*, permite que el juez construya democracia y garantice la tutela judicial efectiva. Sin embargo, en la práctica se evidencian posturas divergentes en la inversión de la carga, que vulneran las garantías procesales y los derechos fundamentales, derivados de la inexistencia de razonamientos análogos respecto a los alcances y límites judiciales en tal asunto. Por ello se planteó como pregunta de investigación: ¿Cuáles deben ser los criterios jurídicos del juez para aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en el proceso civil colombiano desde la perspectiva del Estado Social de Derecho?

1.2 Justificación

Dentro de las transformaciones que trajo la Constitución Política de Colombia estuvo la adopción de un Estado Social de Derecho, marco bajo el cual se sustituyó el derecho formalista, estático y positivista, por uno dinámico y ajustado a los cambios sociales. Esta evolución incidió en el procedimiento civil y en particular frente al *onus probandi*, al incorporarse, primero desde la postura jurisprudencial y luego en la legislación escrita, la teoría de la carga dinámica de la prueba. No obstante, por la falta de consonancia en las consideraciones en cabeza de los jueces a la hora de aplicar el dinamismo referido, se vio indispensable indagar sobre los criterios o parámetros para que los operadores judiciales implementen la teoría de la carga dinámica desde la perspectiva del Estado Social de Derecho, como lo consagra el Artículo 2º de la Norma de Normas, así como las disposiciones

legales posteriores. Ello para identificar desde la jurisprudencia y la doctrina las posturas que orienten a los juzgadores para que no sean objeto de cuestionamientos por acción o por omisión, cuando deciden invertir la carga probatoria, a partir de lo contenido en el Artículo 167, inciso 2º, del Código General del Proceso

El resultado de este estudio ayudará al *ad quo* e incluso al *ad quem* para aclarar los criterios que han de aplicar cuando perciban situaciones asimétricas de las partes frente a su responsabilidad probatoria, procediendo entonces con total garantía del debido proceso, del derecho a la contradicción y la protección del derecho a la prueba. Asimismo, los abogados que representan intereses ajenos tendrán claridad sobre el poder dispositivo del juez, actuando oportunamente y con argumentaciones sustentadas en aras de gozar de seguridad jurídica dentro de la *litis*. Finalmente la academia, en particular las escuelas de derecho, podrán enseñar la evolución que tuvo la carga de la prueba -de un estatismo a un dinamismo-, así como la importancia de clarificar los criterios de aplicación de la inversión del *onus probandi*, para que en la realidad sea una constante que la actividad probatoria responda a la función social de la justicia y se obre en plano de igualdad y de solidaridad, con juicios de valoración que respeten los principios del Estado Social de Derecho y no queden al arbitrio del director del proceso.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general.

Determinar los criterios jurídicos a tener en cuenta por el juez al aplicar la teoría de la

carga dinámica de la prueba en los procesos civiles, desde la perspectiva del Estado Social de Derecho.

1.3.2 Objetivos específicos.

1. Analizar la carga dinámica de la prueba dentro de un Estado Social de Derecho.
2. Establecer cómo opera esa carga dinámica frente a los medios de prueba que se encuentran incorporados en la nueva legislación adjetiva colombiana.
3. Determinar las consecuencias de la transformación del *onus probandi* bajo el Estado Social de Derecho, en cuanto a su carga dinámica.

2. Marco Referencial

2.1 Capítulo 1. Teoría de la carga dinámica de la prueba en un estado social de derecho

La teoría de la carga dinámica de la prueba en el Estado Social de Derecho se interioriza comprendiendo las acepciones de “carga procesal” y “carga de la prueba” dentro del juicio, dado que es en éste donde se materializa el derecho de acceso a la administración de justicia, con deberes y facultades en cabeza de los sujetos procesales. Precisamente, la evolución del *onus probandi* en el proceso civil colombiano modificó el viejo paradigma del juez pasivo, por el de alguien dinámico y con competencias para direccionar los litigios, dando primacía al interés social sobre el meramente individual. Es decir, atañe reiterar el papel activo que asume el nuevo juez bajo un Estado Social de Derecho, por cuanto su deber ser es garantizar la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial y de un orden justo.

2.1.1 Naturaleza jurídica de la carga de la prueba

2.1.1.1 *Onus probandi: una carga procesal*

En un trámite judicial las partes adquieren derechos, obligaciones y cargas procesales legales. Éstas últimas son un derecho a ejecutar libremente cierto acto aun cuando pueda serle desfavorable. Devis Echandía (2012a) conceptualizó la carga procesal como el “poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios” (p. 401). Relación “jurídica activa” en donde el sujeto procesal legalmente ejecutará el acto para su beneficio (p. 396); si dicho sujeto no lo hiciere se suscita una “autorresponsabilidad” con posibles resultados contrarios pero sin punición alguna, dado que su observancia es para obtener provechos.

Una de las especies del género “carga procesal” es el *onus probandi* o carga de la prueba. Principio jurídico que, en palabras de Giacomette (2013), constituye una responsabilidad de los sujetos procesales para demostrar la *causa petendi*. De ahí que cuando alguno decida no probar lo invocado, lo fáctico queda “en entredicho, y a menos que se trate de hechos eximentes de prueba, se tendrán por no justificados” (p. 247). La carga de la prueba determina al responsable de garantizar un derecho sustancial, con participación activa del extremo pasivo y del demandado a través de los medios de prueba para dar certeza al funcionario judicial. Ello en razón a la corresponsabilidad de las partes con el juez para lograr los fines

del Estado a la luz de los Artículos 2º, 228, 229 y 230 de la Carta Política colombiana¹. Por consiguiente, las partes deben obrar con lealtad y buena fe para contribuir en la búsqueda de la verdad² conforme al Artículo 78 del Código General del Proceso (CGP). Norma ésta que establece los deberes de los sujetos y de sus apoderados. Incluso, es propio del principio de la comunidad de la prueba que una vez practicada ésta no puede desistirse (CGP, arts. 175, inc.2º, arts. 316, inc.1º). *Contrario sensu*, de la única prueba realizada que por excepción se podría desistir es de la documental que haya sido tachada de falsedad (*ib.*, art. 270), si quien aportó el documento desiste de invocarlo como tal.

Es así que, el *onus probandi* en cabeza de los extremos de la relación jurídica procesal evita arbitrariedades judiciales, sin perjuicio del deber del juez de decretar pruebas de oficio (CGP, arts. 42, 169 y 170). Se diría, que como el objetivo de lograr una tutela judicial efectiva le concierne tanto a las partes como al juez, la carga de la prueba señala cómo decidir si no hay prueba que ofrezca certeza para fundamentar la sentencia y determina a quien le interesa la evidencia para soslayar derivaciones perjudiciales (Devis Echandía, 2012a). En concordancia, hay dos aspectos de la noción de carga de la prueba que se requieren comprender: En primer lugar, su condición de ser regla de juicio para determinar cómo decidir “cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*”; en segundo lugar,

¹ Deber frente a la vigencia de un orden justo, el derecho de acceso a la administración de justicia y la obtención de una sentencia justa.

² Lo opuesto sucede cuando se ocultan pruebas, se intenta desistir de las ya practicadas u otra estratagema para obtener provecho y perjudicar al contrario.

se trata de una regla para las partes “porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria)” (*ib.*, p. 405).

El primer aspecto implica una norma imperativa para el juez, quien no puede desatenderla sin incurrir en violación de la ley, pues, incluso, puede estructurar una causal de casación; el segundo significa un principio de autorresponsabilidad de las partes, meramente facultativo, porque si bien les otorga poder para aducir esas pruebas, las deja en libertad para no hacerlo, sometándose en este caso a las consecuencias adversas, aunque nadie pueda exigirles su observancia (*ídem*).

Como las pruebas forman una comunidad de voluntades porque no le pertenecen a las partes sino al proceso, el juez tiene un rol cardinal. Sin embargo, suele objetarse esa iniciativa probatoria del operador judicial al creerse afectar su imparcialidad o que le dé mayor valor a la prueba de oficio. Consideraciones sin fundamento, dice Giacomette (*cf.* 2013, pp. 286-287), porque: (1) el juez no conoce el resultado de la prueba oficiosa y (2) dentro de la sana crítica debe haber una valoración probatoria en conjunto, sustentada en argumentos de fondo. Incluso, al contrario, sigue afirmando esa doctrinante: el no decretarse tales pruebas debiendo hacerlo podría generar causal de recurso de casación. Para Devis Echandía (2012a), dentro de la oralidad de los modernos procesos civiles el juez debe asumir un rol inquisitivo para investigar oficiosamente, si llegase a “ocurrir que este se halle ante la ausencia total o la deficiencia de la prueba aducida” (p. 406).

2.1.1.2 *Etapas históricas de la concepción del onus probandi*

Giacomette (cf. 2013, pp. 248-250) plantea tres etapas históricas para comprender la carga de la prueba. La primera, propia del derecho romano y bajo tres principios jurídicos que la determinan acorde con cada sujeto procesal³. La segunda, propia de la mitad del siglo XX⁴ que definió la carga según la naturaleza de los hechos: se presumen si se alegan como “normales”; pero si son “anormales” o “innovadores” deben probarse por quien los invoque⁵. Finalmente, la tercera etapa conocida como “teoría normativa de Leo Rosenberg” y de aplicación vigente, en donde cada quien probará lo favorable, recayendo la carga en quien pretende efectos jurídicos y en relación con una disposición normativa aplicable. Es éste un momento caracterizado por “mirar cada caso en concreto y establecer la distribución probatoria según los efectos jurídicos que corresponden al interés particular de cada sujeto” (ib., p. 250). Regla general dentro de un criterio individualista y de aplicación en Colombia bajo el CGP, admitida por Devis Echandía (2012a) quien, siguiendo a Silva Melero (1963), reitera el rol de la prueba hacia la reconstrucción de hechos y situaciones jurídicas para colaborar con la justicia, sin desconocer que aun cuando las partes le dan primacía a su interés privado, deben “obrar con probidad y lealtad en su actividad probatoria” (p. 113). Incluso, si dentro del expediente hay pruebas suficientes, quien tiene el peso puede “referirse a estas,

3 (1) *Onus probandi incumbit actori* (quien interpone la acción ha de probar los hechos en que se funda); (2) *Reus, in excipiendo, fit actor* (quien excepciona probará los hechos en que sustente su defensa); y (3) *Adore non probante, reus absolvitur* (se absolverá al demandado si el demandante no prueba los hechos que fundamentan su acción).

⁴ Dentro de sus principales exponentes están Jossierand, Ricci, Gorphe, Lessona y Planiol.

⁵ Giacomette comenta que Chiovenda expuso también una postura sobre la naturaleza de los hechos, hablando de los “constitutivos, extintivos e impeditivos”, correspondiéndole al demandante probar los primeros y al demandado los otros dos. En todo caso, esta teoría fue censurada por su pobreza para resolver ciertos asuntos, así como por la dificultad para diferenciar las categorías de hechos.

sin que necesite aducir otras y el juez debe tenerlas en cuenta, aun de oficio, si han sido allegadas legalmente” (p. 488), dado que por principio de comunidad cumple con su responsabilidad para satisfacer intereses. Una postura individualista circunscrita como la libertad de actuar en beneficio propio, “siendo lícito abstenerse de hacerlo sin que haya coacción o sanción alguna y sin que exista un derecho de otro a exigir su observancia” (Pérez Garzón, 2012, p. 48).

Se afirma entonces que, Colombia no es ajena a la teoría normativa de Leo Rosenberg, tal cual se acredita en el inciso primero del Artículo 167 del CGP, por cuanto deben los extremos acreditar aquello que alegan, concordante con el Artículo 1757 del Código Civil colombiano, referente a la prueba de las “obligaciones o extinciones” que se aleguen.

2.1.1.3 Regla de valoración del onus probandi

Giacomette (cf. 2013, p. 250) enseña las dos facetas del *onus probandi*: ser un peso procesal en cabeza de las partes y ser una regla de valoración. La primera hace relación al rol de los sujetos procesales durante la etapa probatoria - conocida como carga subjetiva. La segunda es la carga objetiva en cabeza del juez y evidenciada en su apreciación de pruebas o actividad frente a ellas al aplicar la sana crítica, incidiendo o no en la valoración probatoria para decidir un asunto. Por ende, independientemente de la regla de juicio en cabeza del operador o de su poder discrecional para ordenar de oficio las pruebas que considere necesarias, las partes deben allegarlas al proceso para evitar sentencias inhibitorias, colaborándole al juez para su práctica (CGP, art. 78.8). Como lo dijo Giacomette (2013) sobre el caso colombiano: dada la tendencia hacia la oralidad, se resalta el activismo judicial

cuando se aproximen a las causas concretas y revisen el acervo probatorio, con tres posibles secuelas:

1) potencia el decreto oficioso de pruebas en casos donde el juez advierta, preliminarmente en el proceso, que las solicitadas por las partes no son idóneas; 2) fortalece la carga subjetiva de la prueba, al distribuir la probanza de los hechos según esas circunstancias de disponibilidad probatoria; y 3) fortalece la carga objetiva de la prueba, porque la mayor inmediación le facilita al juez determinar quién corre con el riesgo de que algún hecho no resulte probado (p. 252).

Por ello se ha de establecer el riesgo procesal frente a hechos no demostrados o insuficientemente comprobados. Desde el peso objetivo significa que al faltar elementos probatorios: “el juez debe proferir sentencia de fondo desfavorable para quien tenía la carga de suministrar[los], y, por tanto, le prohíbe el *non liquet* (Devis Echandía, 2012a, p. 408). Es decir, el juez debe recurrir a la regla de juicio para fallar de fondo, porque el *onus probandi* es necesario “para una eficiente administración de justicia, pues sin ella sería frecuente el fracaso de los procesos” (Pérez Garzón, 2013, p. 51). Es un asunto de economía tanto para el Estado como para las partes. En sentido contrario ha de actuar el operador judicial si tiene suficientes medios de prueba que demuestran los hechos sustento de lo reclamado, obviando la ya mencionada regla de juicio, independientemente de quien haya aportado las referidas pruebas.

Asimismo, la Corte Constitucional determinó sobre las dos perspectivas de la carga de la prueba como institución de las cargas procesales:

Esta incumbe a quien tiene interés en los efectos jurídicos de las normas que regulan

los supuestos de hecho afirmados o negados (CPC, art. 177)⁶. La finalidad última de la actividad probatoria es lograr que el juez se forme una convicción sobre los hechos, por lo que el deber de aportar regular y oportunamente las pruebas al proceso, está en cabeza de la parte interesada en obtener una decisión favorable.

Las cargas procesales no implican una sanción para la persona que las soporta. Los efectos de su incumplimiento acarrearán riesgos que pueden concretarse en una decisión adversa (C-070, 1993).

Para clarificar lo enunciado, se tomará como referente un proceso de declaración de pertenencia donde se requiere reconocer el derecho sustancial; si el accionante no cumple con la carga de la prueba para hacer valer su derecho y el demandado no allega contestación de la demanda, sigue el curso del litigio hasta la sentencia, con aplicación de la regla de juicio y valoración que llevarán a un fallo en contra de las pretensiones al no cumplirse el *onus probandi* a pesar de la ausencia probatoria por parte del reclamado. Diferente sucede en un proceso ejecutivo donde el derecho sustancial ya está reconocido; si el ejecutado no contesta la demanda, luego de valorar las pruebas el juez dictará sentencia condenatoria en contra de aquel y a favor del reclamante. La falta de pruebas por negligencia de las partes faculta al juez, dentro de la regla de juicio, a proferir fallo condenatorio en contra del demandado al tener éste el peso probatorio y porque debe evitar decisiones inhibitorias (CGP, art. 43).

⁶ El Artículo 177 del entonces Código de Procedimiento Civil corresponde al Inciso 1º del Artículo 167 del actual Código General del Proceso.

2.1.1.4 *Estática del onus probandi*

Establecer que es responsabilidad del actor probar los hechos que invoca para proteger su derecho sustancial y deber del demandado acreditar lo alegado para impedir, modificar o extinguir una reclamación, constituye la carga estática de la prueba: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (CGP, art. 167). Imperativo supeditado “a la condición de que exista un supuesto de hecho de una norma que consagre el efecto jurídico perseguido por cada una de las partes” (Trujillo Cabrera, 2006, p. 12). De ahí, que:

[...] no solo es el comportamiento el que está condicionado ("probar el supuesto de hecho ..."), sino el deber ser, o sea, el hecho de que sea debido el comportamiento (que exista un supuesto de hecho en una norma, que consagre el efecto perseguido), porque el deber (que exista un supuesto de hecho en una norma que consagre el efecto jurídico perseguido) se encuentra condicionado a su existencia (*ib.*).

Esa estructura o regla del *onus probandi* constituye el estado de inercia como situación facilista del juez, dado que quien tenga el interés jurídico lleva la carga de la prueba para evitar resultados nocivos, sin perjuicio de las ventajas que le provean las pruebas adjuntadas por la contraparte o practicadas por el juez, porque siendo “un hecho exento de prueba, no hay lugar a hablar de carga probatoria” (Pérez Garzón, 2013, p. 49). También Balanta Medina (2013) se refirió al peso de la prueba en los términos de Michelli (2004) -carga-poder-, porque “el peso probatorio correspondía simplemente a la consecuencia práctica del ejercicio de los poderes y demás cargas procesales, como la demanda, la formulación de excepciones, el impulso procesal o la prueba” (p. 1104), al punto que su desacato sólo incide en la

autonomía individual. El mismo Michelli (2004) expresó que en el derecho objetivo “existen normas que, reconociendo como jurídicos determinados fines, fijan los medios que deben usarse para conseguirlos” (p. 59), dándole un matiz heterogéneo a los conceptos de deber y carga, porque para lograr un resultado que responda a los intereses de la parte actuante, el poder del interesado “se convierte en una carga” (p. 60) y no en obligación. Ello, atendiendo a que “a la no observancia de la carga se suelen vincular sanciones económicas, mientras que al incumplimiento de la obligación se refieren sanciones jurídicas” (p. 66).

Incluso, Balanta Medina (2013) criticó la estática de la carga de la prueba por su rigidez y falta de armonía con los ordenamientos jurídicos actuales y porque permite vulnerar los derechos reclamados y la tutela judicial efectiva. Según su criterio:

[el Código General del Proceso permea] todo el proceso de reglas de flexibilidad y el escenario de las pruebas no es ajeno a estas previsiones, precisamente con el propósito de respetar imperativos constitucionales [sic] como la prevalencia del derecho sustancial, proferir sentencias justas, garantizar la equidad y la igualdad de las partes, bajo criterios de solidaridad, cooperación y buena fe (p. 1109).

Es así como la tendencia colombiana en el escenario de la oralidad, implementada a partir de las Leyes 1395 de 2010 y 1564 de 2012, precisa mayor actividad judicial en el campo probatorio para superar “la dureza y el tecnicismo de la regla estática del *onus probandi*” (Balanta Medina, 2013, p. 1113), dado que:

La contradicción siempre estará latente en nuestro eterno retorno, mientras existan reglas estáticas y se defienden verdades absolutas. [...]. Seguiremos condenados a la búsqueda del equilibrio, ondulando en una y otra dirección, según las fuerzas opuestas

que conforman la dualidad que en todos los aspectos gobierna la vida, y que se resume maravillosamente en el binomio compuesto por la carga de la prueba y la levedad (Trujillo Cabrera, 2006, p. 145).

Por lo tanto, la carga procesal debe estar ajustada a los lineamientos constitucionales. Lo dijo la Corte Constitucional cuando afirmó que ese dinamismo probatorio, inicialmente reconocido por la jurisprudencia de las altas Cortes y luego inmerso en la Ley 1564 de 2012, debe respetar “criterios de lealtad procesal, colaboración, justicia y equidad” (C-086, 2016). Consideración de alta relevancia, dado que el Estado Social de Derecho implica un replanteamiento del accionar de la rama judicial.

2.1.2 Estado Social de Derecho en Colombia

El Estado Social de Derecho, establecido como principio rector fundamental (Const., 1991, art. 1º)⁷, prevé nuevas relaciones en donde prima el interés social y/o comunitario, en concordancia con sus fines esenciales (Const., 1991, art.2º). Pinzón Carvajal (*cf.* 2008), quien analizó la teoría finalista del Estado Social de Derecho, indicó que a través de éste se busca: el bien común; la justicia social; la restricción de abuso de los particulares; la solidaridad humana; y la condensación de nacientes derechos humanos y garantías sociales para la comunidad. Es una nueva forma de Estado que complementa los derechos civiles y políticos

⁷ Dicha norma reza: “Art. 1. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

con los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos, evidenciando la transición del viejo Estado de Derecho con circunstancias notorias, tales como: la denominación de los derechos fundamentales y su amparo constitucional a través de la acción de tutela; la creación de la Corte Constitucional; la aceptación de la diversidad cultural con la inclusión de otras etnias o grupos indígenas; la trascendencia de los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad; el reconocimiento a la propiedad privada; la separación de la religión; y la nueva República de Colombia con una democracia participativa y pluralista. Consideraciones similares a las de Londoño Jaramillo (2007), para quien la nueva Carta Política introdujo transformaciones para la rama judicial, al consagrar “una serie de valores, principios, derechos y acciones, que obligaron a la dogmática procesal nacional a repensar sus instituciones” (p.70), con una nueva hermenéutica que superó el viejo positivismo formalista y le dio al juez un rol trascendental en función de la garantía de los derechos fundamentales. “Así nace en Colombia el Estado Social de Derecho, en el cual las necesidades básicas insatisfechas, tanto económicas como sociales, reclaman una intervención activa del Estado, al señalar los mecanismos socioeconómicos efectivos” (*ib.*) en aras de satisfacer dichos derechos.

2.1.2.1 Sentido principialístico del Estado Social de Derecho

Para la Corte Constitucional (T-406, 1992) el Artículo 1º Superior contiene una decisión de impacto en el contexto internacional y local, proyectándose desde los nuevos vínculos entre las ramas del poder público, por el rol de “los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta”. Valores que

constituyen “el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”. En dicho registro se encuentran entre otros, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz. Valores que proyectan conseguir los fines del Estado, pero que su logro está sujeto a las políticas en cabeza de la rama legislativa. No obstante, como lo sigue diciendo dicho Tribunal en la sentencia en estudio, no pueden quedarse tales valores en un enunciado sino que deben constituir los propósitos centrales de “las relaciones entre los gobernantes y los gobernados [...]”

Es decir, los valores fundantes tienen interpretación abierta con diversos sentidos, quedando en cabeza del legislador su delimitación a través de leyes y pudiéndose acudir a aquellos para resolver casos con miramiento de hechos y derechos. Los principios, por su parte, “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (*ib.*); se encuentran, entre otros, en los Artículos 1° al 3° del texto Superior⁸. Tales principios⁹:

[...] se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el

⁸ Entre los principios consagrados en la Constitución están: el Estado Social de Derecho; la forma de organización política y territorial; la democracia participativa y pluralista; el respeto de la dignidad humana; el trabajo; la solidaridad; la prevalencia del interés general; la soberanía popular; y la supremacía de la Carta.

⁹ Reguladores del presente, a diferencia de los valores que se expresan en función del futuro.

objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser (Corte Constitucional, T-406, 1992).

Conviene subrayar que del ya mencionado Artículo 1º del texto constitucional se derivan tres postulados: (1) El Estado se define a través de sus caracteres esenciales; (2) Estos caracteres también se ocupan de “la defensa de contenidos jurídicos materiales”; (3) Su fin se alcanza si se comprenden los conceptos incluidos en dicha norma Superior (*ib.*). De ahí, que considera incidente al Estado Social de Derecho en la organización política; desde lo cuantitativo, bajo el criterio de Estado bienestar; y desde lo cualitativo, bajo el entendimiento del Estado constitucional democrático: Estado bienestar que “garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, citado en Corte Constitucional, T-406, 1992); Estado constitucional democrático por su condición intervencionista¹⁰.

De otra parte, según la misma providencia en comento, en “el sistema jurídico del Estado Social de Derecho se acentúa de manera dramática el problema [...] de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del

¹⁰ Existen “los mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales” soportes de la organización política.

juez”. Mediación necesaria para consentir que haya justicia al optimizar la comunicación con la sociedad, desde una Carta que se aplica bajo “los principios y [...] los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma” y una exigencia de las obligaciones ciudadanas a partir de las garantías constitucionales. Porque como también lo dijo la Corte: “el Estado social de derecho [no puede ser] mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales” (C-566 de 1995), sino que avalará la participación de los gobernados en las determinaciones que les afecta. Justamente, la legitimidad de la democracia emana de la condición de ser Colombia un Estado constitucional de derecho que velará por una vida digna para sus gobernados al actuar para “contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales (Corte Constitucional, SU-747, 1998).

En conclusión, el Estado Social de Derecho debe proteger los derechos fundamentales y lograr la primacía del interés general, con prevalencia del derecho material sobre el derecho formal en las actuaciones de la administración de justicia (Const., 1991, art. 228). Por consiguiente, el acceso a la administración de justicia debe apoyarse para todos los residentes en Colombia, bajo la consabida responsabilidad de los servidores de la rama judicial. De ahí que las disposiciones del Título I de la Norma de Normas dan sustento al Código General del Proceso (Giacomette Ferrer, 2013).

2.1.2.2 *La prueba como garantía del debido proceso*

Como quiera que en la Constitución de 1991 se encuentra la estructura axiomática del debido proceso (art. 29) en las actuaciones judiciales y administrativas, es necesario refrendar

que aquel existe para tutelar principios trascendentales tales como: legalidad, contradicción, juez natural, publicidad, preclusión, derecho de defensa, doble instancia y prueba, entre otros. En efecto, el derecho a la prueba allí consagrado se entiende al leer que “Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso”. Precepto con asidero en el nuevo sistema oral y por audiencias, al tenor del CGP (art. 14) que manda: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Es decir, la norma adjetiva se sustenta en la misma afirmación de la Norma Constitucional, como salvaguardia para no incurrir en yerros que afecten la tutela judicial efectiva. Así lo dijo Rojas (2012) al considerar que el Artículo 29 Superior incluye la “cláusula de exclusión” que “prohíbe apreciar en el proceso las pruebas que hayan sido conseguidas mediante infracción del debido proceso, vale decir, por medio de actividades procesales o extraprocesales que lesionen ilegítimamente los derechos fundamentales [...]” (pp. 49-50).

Aunado a lo anterior, bajo el principio de necesidad de la prueba (CGP, art. 164) el juez debe decidir con sustento en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, porque serán nulas de pleno derecho las obtenidas con violación al debido proceso; además, se rechazará la prueba ilícita - la que vulnera derechos fundamentales -, (CGP, art. 168). Con esto se quiere decir que, la prueba se garantiza en la Norma de Normas como pilar fundamental del trámite procesal. Aspecto éste que le da a aquella carácter de orden público.

2.1.2.3 Constitución Política de 1991 y su impacto en el derecho procesal

Siguiendo a Giacomette Ferrer (2013) hay tres tendencias en materia procesal a la luz de

la Constitución de 1991: (1) Desarrolla los axiomas procesales a través del establecimiento de los “mínimos deberes y derechos procesales que deben exigirse y garantizarse”; (2) El derecho probatorio tiene racionalidad administrativa; y (3) Existe el bloque de constitucionalidad o internacionalización del sistema jurídico, fundado en el Artículo 93 Superior, incisos primero y segundo, en los que se indica la prevalencia de los tratados y convenios internacionales ratificados en Colombia, que “reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción”, así como la interpretación de los derechos y deberes constitucionales “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Desde el bloque de constitucionalidad hay dos sentidos: (1) El estricto, correspondiente a las “disposiciones no incluidas expresamente en la Constitución pero que tienen rango constitucional y se entienden integradas a ella”; y (2) El lato, concerniente a las “disposiciones que sirven como criterio a la hora de realizar el control de constitucionalidad” (pp. 82- 85).

A saber, Colombia requiere una rama judicial transparente y fortalecida para dirimir conflictos jurídicos respetando los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. “La administración de justicia, en un Estado social que se autoproclama garantista y constitucional, debe ser fortalecida, [...] para entregar unos resultados que permeen el tejido social” (Londoño Jaramillo, 2007, p. 71). Por ende, no cabe duda de que el proceso judicial es público y el juez es responsable de ejercer una función en donde el “control jurisdiccional aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del Derecho a la realidad social (*ib.*, p. 73), para amparar la seguridad jurídica.

Así que, es clara la influencia de la Constitución Política en el terreno procesal y es

imprescindible que las actuaciones judiciales estén acordes a ella y en particular a sus principios orientadores¹¹. Al fin y al cabo, la justicia es el eje central como valor o como finalidad de la administración de justicia y sus instituciones deben ser sus garantes¹².

Otro de los impactos de la Norma de Normas en el derecho procesal colombiano fue, a partir de la garantía de los principios constitucionales y entre ellos el debido proceso, la transformación legal del sistema escritural a uno oral y por audiencias, pretendiendo, entre otros aspectos de importancia: (1) Evitar dilaciones injustificadas; (2) Garantizar la economía procesal para obtener una pronta y cumplida administración de justicia; (3) Propender por actuaciones responsables, transparentes y leales de las partes hacia el juez; (4) Garantizar y facilitar la práctica de las audiencias y la práctica de las pruebas; (5) Prevalecer el uso de la palabra hablada y sólo por excepción la escrita, al punto que los recursos se sustentan en la misma audiencia y los alegatos de conclusión se desarrollan oralmente allí mismo; (6) Motivar la conducta activa y dinámica del juez, respetando el principio de inmediación en la etapa instructiva, para buscar la verdad, pudiendo por ello distribuir el *onus probandi*.

Es decir, los derechos de los ciudadanos que acceden a la administración de justicia bajo el nuevo sistema de salvaguardia que del proceso hace la Constitución Política de Colombia, tienen mayor protección que la que hubo otrora, porque los principios y garantías constitucionales le han dado engranaje a las normas procesales para avalar decisiones de

¹¹ Entre los principios orientadores del derecho procesal, principalmente el civil, están: la igualdad; la legalidad; el debido proceso; la contradicción; la inmediación y la concentración de la prueba, entre otros.

¹² Es preciso afirmar que los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, y al debido proceso, así como la primacía del derecho sustancial sobre el derecho formal, son garantías constitucionales propias del derecho procesal.

fondo que protejan los derechos sustanciales de la colectividad. Una seguridad pretendida con actuaciones responsables de los extremos de la relación jurídica y de los operadores judiciales.

2.1.2.4 Tutela judicial efectiva en el proceso oral y por audiencias

El Artículo 2 del CGP establece el “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” para todos quienes pretendan ejercer sus derechos sustanciales y defender sus intereses en conflicto, siendo resultado del Estado Social de Derecho (Const., 1991, arts. 1º, 2º, 228, 229 y 230), habida cuenta de la obligación de garantizar los derechos de los particulares y velar por la convivencia pacífica de sus asociados. Los fines del Estado exigen acciones de sus servidores públicos, entre ellos los funcionarios judiciales, quienes deben respetar el ordenamiento jurídico y actuar bajo los poderes legales, teniendo en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina (CGP, art. 7º), observando las normas procesales dado su carácter de orden público (CGP, art. 13) y respetando el debido proceso (CGP, art. 14).

De manera que, como lo dijo Rojas (2012), el acceso a la justicia incorpora el derecho a la tutela judicial efectiva, consistente en avalar que “los derechos legítimamente reclamados ante los jueces serán amparados, satisfechos o realizados gracias al proceso; que las decisiones que diriman las disputas judiciales sobre derechos podrán materializarse a despecho de la renuencia o de la resistencia del obligado” (p. 20). La intención es poder definir un litigio y evitar sentencias inhibitorias. Lo anterior, sin perjuicio de que dicho derecho de acceso a la justicia también involucra el debido proceso de duración razonable y la legitimación de los grupos de personas. El primero, direccionado a delimitaciones en el

tiempo para evitar estancamientos; el segundo, con perspectiva desde las garantías frente a las “acciones colectivas) (*ib.* p. 21).

[...] el derecho –fundamental- a la tutela judicial efectiva “se traduce en la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. El concepto de “efectividad” que acompaña este derecho supone que el acceso a la justicia no se circunscribe a la existencia de mecanismos nominales para poner en marcha la administración de justicia, sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CP). [...] la tutela judicial efectiva también hace parte del núcleo esencial del debido proceso (art. 29 CP) y [...] se proyecta como derecho fundamental de aplicación inmediata que “se garantiza a través de las distintas acciones y recursos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de los derechos” [...] (Corte Constitucional, C-086, 2016).

En conclusión, el director del proceso oral y por audiencias es el representante estatal para que, en aplicación del Estado Social de Derecho, se respete la tutela jurisdiccional efectiva, obrando bajo los postulados constitucionales y legales. Escenario en el que prima la palabra oral, sin que se proscriba la posibilidad de documentos para dejar constancia de lo acontecido en audiencia. Eso sí, ese juez no podrá actuar como mero espectador, sino que requiere una

actividad dinámica para encontrar la verdad y aplicar justicia.

2.1.2.5 *El rol del juez y su repercusión en el proceso oral*

Se ha reiterado en ítems anteriores la importancia del nuevo rol que debe cumplir el director del proceso judicial bajo la estructura de un Estado Social de Derecho. Una responsabilidad incluyente dentro del nuevo sistema procesal oral y por audiencias, dado que éste continúa con el modelo mixto, donde los sujetos están obligados frente a las cargas procesales y probatorias, sin perjuicio de la exigencia en cabeza del juez natural para decretar pruebas de oficio, impulsar al proceso, invertir el *onus probandi* a fin de hallar la verdad y en general actuar para garantizar la tutela judicial efectiva. En tal sentido, la Corte Constitucional entiende que los procesos civiles modernos son mixtos, porque exigen actuación oficiosa del juez y demanda del interesado, prohibiéndole a aquel que decida “sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones” y permitiéndole a las partes que desistan, transijan o acudan a la vía arbitral (C-086, 2016). Un modelo mixto que surge con el Estado Social de Derecho, por aquellas nuevas atribuciones otorgadas al juez.

Es así como la Carta Magna empoderó al funcionario judicial, quien ha de ser proactivo, diligente y humano, a fin de propender por el equilibrio procesal de las partes y asegurar los derechos fundamentales. Eso sí, el juez no puede desplazar la carga procesal de las partes, imperativa para éstas bajo el principio de solidaridad, so pena de soportar el resultado desfavorable por su omisión o pasividad. Claro, los jueces conducen los procesos bajo las facultades concedidas por la ley, haciendo uso de los medios disponibles y demostrando su actividad positiva para proyectarse “más allá de las formas jurídicas” y así “atender la agitada

realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales” (Corte Constitucional, C-086, 2016).

2.1.2.6 *Los principios del derecho probatorio y su aplicación en el proceso oral*

Dentro de los principios del derecho probatorio de forzoso acatamiento para las partes y para el juez, estipulados en el CGP, se pueden señalar los siguientes:

(1) *Inmediación*: referido a la necesidad de contacto personal del decisor con la prueba y con las partes, pudiendo comisionar la práctica de aquella o la de otras actuaciones judiciales cuando la ley lo autorice (CGP, art. 6º). Exigencia trascendental, dado que se “mejora la percepción social del proceso” y “facilita su aproximación a los hechos que integran el segmento de realidad que interesa reconstruir para la solución adecuada del litigio” (Rojas Gómez, 2012, p. 27). Es tan necesaria la inmediatez judicial, que el Artículo 171 del CGP prohíbe la comisión de la prueba cuando deba cumplirse en sede del juez; incluso, esta misma disposición legal permite que se haga uso de las tecnologías de la información y comunicación para prácticas probatorias fuera de su sede y sólo si no fuere posible, podrá comisionarse, siguiendo las reglas generales del Artículo 37 *ib.*

(2) *Búsqueda de la verdad real*. Encontrar la verdad real o veracidad con la prueba sólo se logra si hay colaboración de parte, si éstas actúan con rectitud y solidaridad. Por ello es que uno de los deberes de las partes y de sus apoderados es la lealtad y buena fe en sus actuaciones (CGP, art. 78.1); obrar en contrario se entiende como temeridad o mala fe (CGP, art. 79.5), con responsabilidad patrimonial por perjuicios que causasen (CGP, arts. 44 y 80). En efecto, partes y apoderados también deben colaborar al decisor para la práctica de

pruebas y el desarrollo de las diligencias necesarias, para que de consuno se pueda demostrar esa verdad requerida.

(3) *Concentración.* Una respuesta judicial pronta y efectiva se logra si se reduce la distancia entre el inicio y el fin del litigio, evitando trámites innecesarios o demoras; por ello se determinó la concentración de las actuaciones sin solución de continuidad (CGP, arts. 5º, 372 y 373), permitiéndole al juez, incluso, realizar una sola audiencia si con las pruebas aportadas tiene sustento para emitir sentencia. Este principio requiere un juez organizado que programe diligencias con previo cálculo del tiempo prudencial para desarrollar la actividad procesal, como parte de sus deberes de agilidad y efectividad (CGP, art. 42.1 y 42.8).

(4) *Acceso a la prueba.* Como ya se había indicado, el derecho a la prueba está inmerso en el derecho fundamental al debido proceso y a su vez en el derecho al acceso a la justicia.

(5) *Necesidad de la prueba.* Es imprescindible que los fallos estén sustentados en pruebas regular y oportunamente allegadas (CGP, art. 164), so pena de incurrir en nulidad (CGP, art. 133.5). Asimismo, entre las formalidades de las providencias judiciales se halla la motivación, que incluye el examen crítico de las pruebas (CGP, arts. 279 y 280). En concreto, este principio se aplica a todas las decisiones judiciales (auto o sentencia)¹³.

(6) *Unidad de la prueba.* En el proceso oral y por audiencias el juez valora analíticamente conforme a las reglas de la sana crítica y en forma conjunta, todas las pruebas practicadas, como soporte argumentativo de sus providencias (CGP, art. 176).

¹³ Sin embargo, por economía procesal para los autos de mera sustanciación no se exige exteriorizar la valoración del *factum*

(7) *Comunidad de la prueba.* Atendiendo a que las pruebas son del proceso y no de las partes, una vez allegadas en forma regular, pasan a integrar una comunidad. Por consiguiente, pueden favorecer a cualquiera de los sujetos, independientemente de quien las aportó, sin que se puedan retirar o disponer de ellas, salvo la excepción del Artículo 270, inciso final, del CGP, donde se ordena que la tacha de falsedad termina “cuando quien aportó el documento desista de invocarlo como prueba”.

(8) *Libertad de prueba.* Este principio refiere la libertad para practicar las pruebas que sean necesarias para alcanzar la verdad real, dado que las señaladas en Artículo 165 del CGP no son taxativas, sino que, como allí se dispone, se puede acceder a cualesquier medio que permita convencerá al juez. Incluso éste, como reza el inciso segundo de la norma en comentario: “[...] practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”. Es decir, hay libertad de medio probatorio y de situaciones fácticas a evidenciar, siempre en función del debido proceso y del derecho a acceder a la justicia.

(9) *Igualdad de las partes.* Siguiendo a los Artículos 4º y 42.2 del CGP, concordantes con el Artículo 13 Superior, es responsabilidad estatal que se logre la igualdad real y efectiva de las partes, en cabeza del juez quien deberá equilibrar cualquier asimetría. En materia probatoria, por ejemplo, tiene la facultad de invertir el *onus probandi* y de decretar pruebas de oficio (CGP, arts. 167, 169 y 170).

(10) *Solidaridad.* Sobre este principio se ha hecho referencia a lo largo del trabajo, dado su fundamento constitucional (art. 95) y su carácter legal (CGP, arts. 78), con

responsabilidades evidenciadas en diferentes normas adjetivas: la inversión de la carga de la prueba (CGP, art. 167); la prohibición de pedir pruebas que están en condiciones de conseguir (*ib.*, art. 173); la consecuencia de confesión presunta cuando se obstruye la práctica de una inspección judicial o un dictamen pericial (*ib.*, arts. 233 y 238); y la exigencia de exponer fundamentos para desconocer documentos (*ib.*, art. 272). Aquí también ha de afirmarse que lo anterior sucede porque las pruebas forman comunidad en el proceso en camino para encontrar la verdad.

Se infiere que, los anteriores principios generales constituyen una herramienta importante para el juez del proceso durante sus actuaciones. Al mismo tiempo, permiten la práctica de pruebas innominadas siempre que se respeten los principios y garantías constitucionales, en aras de evitar decisiones *non liquet*.

2.1.3 La carga dinámica de la prueba en Colombia como Estado Social de Derecho

Acorde con la afirmación de que quien acude al proceso civil en calidad de parte deberá asumir un rol activo y diligente frente a la prueba, sin que pueda refugiarse en la actividad del juez ni beneficiarse de las dificultades probatorias de su contraparte, so pena de asumir consecuencias adversas en la decisión judicial, la carga dinámica de la prueba otorga al funcionario judicial una facultad-poder para llegar a la verdad real y garantizar el acceso a la justicia, pudiendo aquel decretar pruebas de oficio o invertir el *onus probandi* en cabeza de quien tenga mayor facilidad para evidenciar la situación fáctica. Es así como hay un vuelco frente al añejo sistema dispositivo, derivado de la comprensión de la desigualdad real entre

las partes y fundado en los principios de solidaridad, igualdad real, equidad, lealtad y buena fe procesal, con un cambio de postulado: se pasa de “quien alega debe probar” a “quien le quede más fácil debe probar”.

2.1.3.1 Noción de carga dinámica de la prueba

Siendo la prueba el elemento que se aporta al proceso judicial para esclarecer la verdad, obtenida conforme a criterios legales, es fundamental para confirmar o desvirtuar. Por ende, aunque los extremos de la relación jurídica procesal tienen el deber de aportarlas, el juez realiza el juicio de valoración y tasa las cargas probatorias de tal manera que, como dijo Trujillo Cabrera (2006), debe adaptarse al nuevo modelo social, en donde “el proceso pierde su connotación egoísta, para convertirse en materia de interés público”, con un rol preponderante para alcanzar la justicia material y superar el resguardo de quien tengan “posición probatoria privilegiada” (p. 49).

Es entonces cuando aparece el concepto de carga dinámica de la prueba. Si el *onus probandi* “determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso, necesita cada uno que aparezcan probados” (Devis Echandía, 2012a, p. 135), la carga dinámica de la prueba “consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar pruebas al juzgador” (Denenberg, 1999, citado por Trujillo Cabrera, 2006, p. 31), colocando a la verdad objetiva sobre la verdad formal, en procura de garantizar la justicia.

En efecto, la carga dinámica busca “vigorizar la regla de juicio, para que el funcionario judicial decida a quien compele la carga de la prueba”, después de estimar “el resultado de

su actividad investigativa, la conducta procesal de las partes, así como la disponibilidad o facilidad de cada uno respecto de la producción de los medios de prueba” (Trujillo Cabrera, 2006, p. 50). Una decisión que pretende evitar dictámenes *a priori* por cuanto aún no se llega a la verdad buscada, considerando que tal distribución le ayuda a resolver de fondo. Ciertamente, ese peso dinámico se impone sobre demandante y demandado para que alleguen las pruebas del caso acorde con la facilidad que tengan de evidenciar los hechos, frente a “la extrema dificultad de su adversario en demostrarlos [y] conforme a la experiencia de cada proceso” (*ib.*).

Esa perspectiva dinámica flexibiliza el *onus probandi* bajo el principio de solidaridad entre las partes, siempre y cuando se evidencie una situación de asimetría en cuanto a posibilidades de probar, pero obrando con buena fe. Si por el contrario, la omisión es producto de la malicia o negligencia¹⁴, no puede invertirse y se atiene a las consecuencias procesales al demostrarse su mala fe, puesto que dentro de los deberes de las partes y sus apoderados está el de “Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos” (CGP, art. 78.1). Por ende, el director del proceso debe obrar con criterio objetivo cuando distribuye la carga de la prueba (Devis Echandía, 2012a), así como “Prevenir, remediar, sancionar o denunciar [...] los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal” (CGP, art. 42.3). Es decir, esta carga dinámica se aplica sin desconocer los deberes de los jueces y las partes para obrar conforme a derecho.

¹⁴ *Verbi gratia*: ocultar una prueba para salir beneficiado en sentencia judicial.

De modo que, las cargas probatorias dinámicas desplazan la prueba hacia quien tenga más facilidad de hacerlo, sin importar si es actor o demandado. Ello, con sustento en los pilares reconocidos en la Constitución Política y los Tratados internacionales.

2.1.3.2 *Flexibilidad del nuevo dinamismo probatorio*

El *onus probandi* se concibe con cierta elasticidad acorde según el caso, dado que su rigidez tradicional llevó a resultados insatisfactorios y absurdos, calificados así por Balanta Medina (2013). Una dureza no coherente con la realidad ni con los valores y principios constitucionales de una nueva forma de Estado, en el que se incorpora la solidaridad como valor y principio, entre otros; circunstancias que obligaron a la flexibilización para saltar de la carga estática a la dinámica. Giacomette Ferrer (2013, p. 254) resumió su fundamentación en: (1) La justicia, desde la posición prevalente que pueda tener una de las partes y que le facilite probar, siendo entonces necesario “equilibrar esta relación desigual entre las partes”; (2) La solidaridad, al buscar la “efectiva colaboración de las partes”; (3) La lealtad procesal, evitando actitudes de ocultamiento de pruebas; y (4) El rol activo del juez, quien ha de determinar cuándo es preciso aplicar el dinamismo probatorio. “No se puede tratar con igualdad a sujetos que no están en paridad de condiciones para aportar las pruebas que conduzcan al esclarecimiento del litigio”.

Como antes se afirmó, la flexibilización de la carga probatoria desde la facilidad de acceder a la prueba es compatible con el fundamento axiológico de la Carta Política y con la función del juez garante de la tutela jurídica efectiva. Este director del proceso debe hacer prevalecer el derecho sustancial y buscar la verdad, para luego emitir decisiones justas. Rol

conexo con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia y el derecho fundamental y legal al debido proceso.

La Corte Suprema de Justicia analizó el sentido dinámico del Artículo 177 del entonces Código de Procedimiento Civil¹⁵, al prever que una aplicación rigurosa de dicha disposición en una situación de dificultad de la víctima para probar, podía llevar a no cumplirse el fin reparador del régimen de responsabilidad civil, siendo entonces necesario considerar “las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 41001-3103, 2010).

Por ello se asevera que la flexibilidad probatoria vigente permite mejor distribución del *onus probandi* al ajustarse a criterios de justicia, solidaridad y legalidad, para reconocer el derecho sustancial en el fallo, superándose la vieja rigidez que compelia a los jueces a proferir sentencias inhibitorias o injustas por ausencia de pruebas e incluso generando víctimas del proceso¹⁶. La otrora falta de una norma que permitiera el dinamismo probatorio hizo que fuese la jurisprudencia colombiana la que ayudara a superar la rigidez desde el principio de solidaridad, que “no riñe con la postura individualista del peso de la prueba, ni con la iniciativa oficiosa del juez” (Giacomette Ferrer, 2013, p.254), por cuanto no hay relevo total de las responsabilidades de probar en el beneficiado, sino de colaborarle cuando tiene

¹⁵ Este Artículo 177 del CPC corresponde al Artículo 167 del nuevo CGP.

¹⁶ Se habla de la condición de víctima del proceso en aquellos casos en que una de las partes tenía imposibilidad de recaudar la prueba, ésta se encontraba en manos de la contraparte, a quien no le convenía hacerla evidente y por ello generaba perjuicios al primero.

dificultades ajenas a él. Es decir, “[l]a regla general es la postura individualista, la excepción es el dinamismo [...]” (*ib.*, p. 255).

Es evidente que tal deber, que se basa sobre un principio de solidaridad social, no es frente al juez o frente a una de las partes en juicio, sino en relación al Estado, que lo sanciona dentro de los límites en que el mismo no perjudica a los titulares de los derechos sobre las cosas objeto de inspección o de exhibición (Michelli, 2004, p. 141)

En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “*quien alega debe probar*” cede su lugar al principio “*quien puede debe probar*”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

2.1.3.3 Regulación normativa colombiana de la carga dinámica de la prueba

Dentro de los propósitos del legislador al regular la carga dinámica de la prueba, estuvo el de obrar conforme a la Carta Política y al precedente jurisprudencial, permitiéndose entonces tipificar la teoría, mediante la inclusión del Artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 - CGP – en cuyo inciso primero se regula la carga estática de la prueba y en el segundo, cuyo texto se transcribe a continuación, se sustenta la carga dinámica:

[...] No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a

la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. [...] (CGP, art. 167, inciso 2°).

En efecto, el sistema dinámico es trascendente en el ordenamiento legal dado que las normas escritas sólo entran en movimiento cuando se usan. Por ello Dworking (citado por Trujillo Cabrera, 2006) consideró que ese acoplamiento entre lo objetivo y descriptivo del derecho “no se aplica en la práctica, puesto que los operadores jurídicos formulan sus razonamientos y discusiones -particularmente en los casos difíciles-, bajo parámetros superiores a las normas jurídicas, los cuales le dan *dinamismo* a las reglas estáticas” (pp. 19-20). Por consiguiente, la carga dinámica de la prueba se realiza cuando los sujetos procesales deben aportar pruebas dada la distribución hecha por el juez, por cuanto incumbe hallar la verdad objetiva para avalar el acceso a la tutela judicial efectiva.

De ahí que las reglas estáticas que adquieren dinamismo, mencionadas por Trujillo Cabrera (2006, pp. 21-22), son las hipótesis de trabajo y la regla de juicio. La primera exige validación “en cada caso en particular de conformidad con la *observación y la experiencia*, así como los efectos que su aplicación pueda producir en la búsqueda de la *solución justa*”. La segunda permite que el juez se pronuncie sobre las pruebas y defina “el contenido de la decisión cuando falten elementos probatorios, determinando [...] cuál de las dos partes fue

la más idónea para producir la prueba ausente”. Así, con la regla de juicio el decisor tendrá el sostén necesario para establecer su certidumbre, que para el caso en cuestión se refiere “a la aplicación de la regla del *onus probandi*, que se desplaza dinámicamente a quién, de acuerdo a la convicción formada, deba asumir las consecuencias de la falta de prueba”, para proceder en justicia.

A saber, en un Estado Social de Derecho y bajo la carga probatoria estática el juez puede realizar una apreciación sin imponer responsabilidad a quienes están obligados a probar. Por el contrario, bajo el *onus probandi* dinámico su criterio de valoración se respalda en las garantías constitucionales, como los principios de solidaridad e igualdad entre las partes, porque si una de ellas debe probar pero padece traba para hacerlo, *verbi gratia* en las pruebas imposibles o por conocimiento técnico y la otra tiene mejor posición para evidenciarlo, ha de actuar ésta de conformidad con el Artículo 78 del CGP en el sentido de colaborar con la administración de justicia como sujeto procesal aportando la prueba que esté en su poder para escudriñar la verdad. Como lo afirmó Londoño Jaramillo (2007): una nueva posición judicial “consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalados en el artículo 228” (p. 73). Esta disposición Superior indica que la administración de justicia cumple una función pública con operadores que deben decidir de forma independiente, priorizando el derecho sustancial. Por ello, en palabras de Londoño Jaramillo: “El control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo, resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia” (*ib.* p. 73), porque cuando se legisla y se decide judicialmente se crea derecho.

Asimismo, en el salvamento de voto de la Sentencia C-543 de 1992¹⁷ de la Corte Constitucional se resaltó que los jueces deben obrar como “guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso”, constriñendo al funcionario a “abstenerse de decretar y practicar ciertas pruebas que resulten incompatibles con el ordenamiento constitucional”, así como a “decretar y practicar las pruebas que sean necesarias para determinar la verdad material”. Al fin y al cabo, si se quiere garantizar la tutela judicial efectiva y el respeto de los derechos fundamentales dentro del proceso, dicho fallador debe establecer que quien aporte la prueba sea quien esté en mejor condición de hacerlo.

En razón del principio *pro iustitia* la regulación legal de la cosa juzgada debe en aras de la seguridad jurídica sacrificar lo menos posible la justicia. El juez como instrumento de la justicia y de la paz y no solamente de la ley positiva tiene, en la nueva Constitución, la delicada y excelsa misión de ser con ocasión de cada caso concreto sometido a su decisión, el artífice de ese orden social justo. Lo que cubre la cosa juzgada con su firmeza debe en su mayor extensión responder a un contenido de justicia material. El mero "decisionismo", no corresponde a la filosofía que anima la Constitución (Corte Constitucional, C-543, 1992 – salvamento voto).

En conclusión, la intervención del juez en la distribución de las cargas probatorias plantea un prudente equilibrio entre su responsabilidad al interior del Estado Social de Derecho y el cumplimiento de las cargas procesales que, constitucionalmente, corresponde asumir a las

¹⁷ Posición contraria a la mayoritaria planteada por los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

partes cuando acuden a la administración de justicia. De esta manera, para la Corte es claro que en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad y se erigen en un deber funcional. No obstante, ello debe ser examinado de acuerdo con las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el legislador, ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución del *onus probandi*. De hecho, para tal fin también se han diseñado diversos recursos y mecanismos de control al interior de cada proceso e incluso, excepcionalmente, podrá hacerse uso de mecanismos extraordinarios como la acción de tutela, lo cual ha sido avalado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional.

2.1.3.4 El interés público y su influencia frente al onus probandi

Siendo el interés público una limitante para el Estado como parte de su función social, es un concepto coincidente con el bien común de la sociedad dentro de la cual el hombre constituye una pieza trascendental. En efecto, la vida en sociedad se ajusta a normas orientadas a controlar y a señalar los comportamientos humanos desde pautas de interacción en el medio; por ende, quien no obre acorde a tales disposiciones será responsable. Al fin y al cabo, la condición de ser el hombre gregario por naturaleza lo hace vivir en comunidad y asumir el relacionamiento con otros. En el caso colombiano esa convivencia se hace dentro de un Estado Social de Derecho que, como lo afirmó la Corte Constitucional, se debe sustentar en el principio de solidaridad, el cual “no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes, o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social, en las cuales la acción del Estado depende de la contribución

directa o indirecta de los asociados” (T-505, 1992, citada en T-1750, 2000).

La justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces constitucionales. Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a las nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aún cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos ora para promover su realización (*loc.cit.*).

En tal sentido, la carga de la prueba deja de tener un poder privatista y asume su valor público en beneficio colectivo. Bien lo reitera Trujillo Cabrera (2006) para quien “El *onus probandi* necesariamente se redefine como un elemento de interés general, en garantía del principio de solidaridad con el fin de hacer efectiva la igualdad de las partes ante la ley y el proceso” (p. 24). Así como lo afirmado por Michelli (2004, p. 133), en cuanto a que el juez no puede excusarse en una carga subjetiva dejando el resultado de la providencia exclusivamente a la acción de las partes; aquel debe obrar conforme al Estado Social de Derecho. Ello, bajo el entendimiento de que representa al Estado y por ende ha de velar por una pronta y cumplida administración de justicia, respetando y haciendo cumplir el debido proceso a través de una disciplina dinámica para hallar la verdad. Actuaciones procesales protegidas por la Norma de Normas y por la legislación adjetiva.

Como se ha dicho, el juez debe intervenir activamente en el proceso y no ser un mero receptáculo inerte de los medios probatorios que aducen las partes, puesto que si bien a éstas les asiste un interés de naturaleza sesgada, individual y privado, el Estado protege uno

de mayor valía: mantener el orden jurídico y de adoptar decisiones justas conforme a los lineamientos constitucionales.

2.1.3.5 Alcance del principio del debido proceso en la regla del *onus probandi*

Giacomette Ferrer (2013) sostiene que son diversas las normas de la Carta Política que enaltecen el principio del debido proceso, como “molduras éticas y jurídicas [que] dan forma y firmeza al proceso en su gestión probatoria, a través de los principios generales de la prueba” (p. 86). El debido proceso, con su sustento constitucional, restringe la actividad de las autoridades judiciales y administrativas al ordenamiento jurídico, siempre en función de los derechos de los gobernados. Es así que cualquier acción contraria al Artículo 29 del texto constitucional vicia la causa, dando lugar a nulidades y posibles sanciones para quienes hayan obrado de mala fe; al punto de que si en el campo del derecho probatorio faltaren pruebas o se obtuvieren violando el debido proceso, no sólo puede haber denegación de justicia sino que se vulnera la primera virtud de las instituciones sociales: la justicia. En efecto, el debido proceso tiene rango constitucional y corresponde a “las formas propias de cada juicio, preservándose de esta forma la seguridad jurídica y los postulados de la justicia y la igualdad ante la ley (Trujillo Cabrera, 2006, p. 25). Luego, si el *onus probandi* busca aportar elementos de juicio al fallador, dicha regla será “de contenido sustancial y por ende, la elasticidad de su aplicación por parte del director del proceso, en aras de la efectivización de los derechos y el logro de la justicia material (*materielles Justizrecht*), no vulnera el debido proceso (*ib.*, p. 27).

Al mismo tiempo, en el marco del Estado Social de Derecho el legislador ha querido

incorporar las garantías constitucionales al procedimiento oral y por audiencias, ordenando a las autoridades judiciales y administrativas su cumplimiento; advirtiendo la exclusión de aquellas pruebas que vulneren ilegítimamente derechos fundamentales. Precisamente, “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, puesto que las “[...] obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho” (CGP, art. 164).

Es así entonces como, los procesos judiciales tienen regulación legal para restringir los poderes del Estado y establecer el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, en el marco del debido proceso plasmado en la Constitución Política y con respaldo de instrumentos internacionales¹⁸. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que se incorpora en el Artículo 2 del CGP, tal cual se indicó en páginas anteriores, cuando regula la tutela judicial efectiva, para exigir del juez el cumplimiento de los fines del Estado.

Además, Trujillo Cabrera (2006) se refiere a dos clases de normas procesales: las propiamente dichas y las de contenido sustancial. Las primeras son rituales y sin secuelas en las partes y las segundas son generadoras de perjuicios o beneficios a los sujetos (p. 26). Por ende, si el juez como director del proceso debe dirimir un litigio con la responsabilidad de hacerlo bajo principios de celeridad y eficiencia contenidos en el Estatuto de la Administración de Justicia (Ley 270, 1996), irá más allá de las formas procesales para

¹⁸ Por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (arts. 10 y 11) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año (art. XXVI).

garantizar la tutela judicial efectiva con respeto al debido proceso, aún en aplicación de la flexibilidad probatoria que le acompaña¹⁹. No hacerlo así, constituye violación de norma Superior.

Se infiere entonces que, la teoría de la carga dinámica de la prueba atiende su inspiración teórica en los postulados constitucionales de igualdad, lealtad, buena fe y solidaridad, para salvaguardar situaciones de dificultad mayúscula para probar, versus la facilidad de hacerlo a la contraparte. Postura acorde con el Estado Social de Derecho imperante, que exige un juez dinámico dispuesto a corregir las asimetrías *inter partes*, para preservar el derecho a la tutela judicial efectiva.

2.1.3.6 El juez como director del proceso

El rol del juez en el marco de un Estado Social de Derecho como el que propaga la Constitución de 1991, depende del modelo de sistema procesal y de las formalidades propias de cada juicio. En particular, en el sistema oral y por audiencias del derecho civil, bajo una metodología mixta, se combinan las responsabilidades de las partes y el dinamismo del juez quien ejerce poderes de dirección, coerción y corrección, dejando a un lado su conducta estática y pasiva, propia del sistema escritural.

¹⁹ Dicha flexibilidad se refiere a que el operador judicial podrá distribuir la carga probatoria antes de dictar sentencia, a quien se encuentre en situación más favorable para aportar lo correspondiente o aclarar lo sucedido. No por mero capricho, sino teniendo en cuenta las hipótesis previstas en el inciso segundo del Art. 167 del CGP: “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”.

La aspiración última del pueblo de alcanzar un marco que garantizara un ‘orden justo’, la consagración de la administración de justicia como una función pública esencial y como un derecho fundamental de cada persona, así como la prevalencia del derecho sustancial, significaron en su conjunto un fortalecimiento de la función judicial y un compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material (Corte Constitucional, C-086, 2016).

Como se ha venido afirmando, el ordenamiento jurídico fortaleció la misión del juez de ser garante del acceso efectivo a la administración de justicia, a fin de que los ciudadanos puedan realizar sus derechos. De manera que, “[e]l juez en un Estado Social de Derecho es el único capaz de impartir justicia pensando en la protección efectiva de los derechos tutelados por la Constitución y las leyes, incluso involucrándose en la realidad social” (Sánchez Novoa, 2013, p. 131), por sus facultades jurisdiccionales y procesales que, en palabras de Delgado Mottoa & Zambrano Muñoz (2009) determinan la relación entre jurisdicción y acción, haciéndolos efectivos al garantizar el derecho sustancial reclamado con prevalencia constitucional del mencionado Art. 228 de la Constitución Política. Debiendo entonces dicho operador judicial pensar y actuar en procura de una decisión justa. Por supuesto, el rol judicial bajo la Constitución de 1991 va de la mano con los cambios orgánicos impuestos en la rama judicial, superando la visión positivista formalista de la Carta de 1886, bajo la perspectiva de ser el juez un garante de la justicia, la verdad y la paz (Londoño Jaramillo, 2007). Pero no solo se espera una actuación efectiva del juez, también de los poderes ejecutivo y legislativo (*ib.*). Se admite, entonces, que la nueva Constitución Política establece un direccionamiento social de parte de los funcionarios judiciales para avalar “la

igualdad entre las partes y el logro de la justicia material y verdad real” (Delgado Mottoa & Zambrano Muñoz, 2009, p. 48), protegiendo a los más débiles, investigando o direccionando el peso de la prueba en defensa de los derechos sustanciales y de la inmediación de aquella, entre otras conductas dinámicas. Recuérdese que los sujetos del proceso tienen derechos y responsabilidades.

Los beneficios que representa [sic] para el individuo las relaciones conmutativas de la vida en sociedad deben ser compensados por éste a fin de mejorar las condiciones materiales y espirituales de la convivencia social y ampliar permanentemente el número de miembros de la comunidad capaces de gozar de una existencia digna (CP Preámbulo, arts. 1, 95, 58 y 333). En una sociedad pobre, la justicia distributiva no puede ser solamente cometido del Estado, sino actitud y praxis de todos, mayormente de los mejor dotados

La filosofía moral que subyace al ordenamiento jurídico emerge con fuerza normativa vinculante cuando la Constitución faculta a las autoridades para exigir del individuo la superación de su egoísmo, mediante el cumplimiento de sus deberes y obligaciones (Corte Constitucional, T-532, 1992)

Se insta entonces para que el juez obre dentro del marco legal que regula el régimen probatorio²⁰, para realizar el juicio de valoración; para ordenar pruebas de oficio (CGP, art. 42.4); para ejercer sus poderes de ordenación, instrucción y corrección (CGP, arts. 43-44); entre otros. Canosa Suárez (2012, p. 35) alude a la importancia del capítulo de pruebas del

²⁰ La Ley 1564 de 2012, Sección tercera con un título único y 10 capítulos - Artículos 164 a 277.

CGP al evidenciar la “armonización del sistema procesal y probatorio con la Carta Magna de 1991 y con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia”, así como su “modernización, innovación y unificación de las instituciones mediante el tránsito a la oralidad”, conforme al Estado Social de Derecho. Precisamente el Código acoge la carga dinámica de la prueba y la prueba de oficio²¹. Luego el juez determinará la redistribución a través de “una providencia en la que otorgue a la parte un término suficiente para cumplir con la nueva carga que le asigna” (Canosa Suárez, 2012, p. 39).

Asimismo, frente a la institución de la “prueba de oficio” contenida en el CGP, se dictaminará en providencia siempre que sea para comprobar “los hechos relacionados con las alegaciones de las partes” (CGP, art. 169) y “esclarecer los hechos objeto de la controversia” (CGP, art. 170). Contra dicha orden judicial no cabe recurso alguno, pero tales pruebas están sujetas a la refutación de los extremos de la relación jurídica. Por eso Rojas Gómez (2012) al comentar el Código General del Proceso explicó que aun cuando existe una amplia oportunidad de ordenar tales pruebas, los sujetos sabrán contradecirlas como una manera de “asegurar la integridad del derecho de defensa que no puede cercenarse respecto de los actos que el juez realice por iniciativa propia (p.253). Por tal razón, se trata del derecho de defensa implícito en el principio del debido proceso y por ende propio del Estado Social de Derecho colombiano.

²¹ Frente a la institución “carga de la prueba”, en el Artículo 167 del CGP, mencionado en acápites anteriores, se incluye la vieja noción de la carga en cabeza de las partes y la nueva de la dinámica de dicha carga, al permitirle al juez “reasignar la carga de probar”, según condiciones de favorabilidad en acreditar los hechos.

2.1.3.7 Posibles dificultades en el decreto ex officio de pruebas

Hay dos posiciones acerca del poder-deber del juez al decretar pruebas de oficio. La primera está orientada a que el juez ha de ser pasivo en su facultad, puesto que el *onus probandi* le compete únicamente a las partes conforme al principio dispositivo, evitando la parcialidad. Así lo expuso Sánchez Novoa (2013) quien argumentó que, a pesar de no atentarse contra las fines del Estado ni contra la importancia del derecho sustancial:

El deber-poder de decretar pruebas de oficio por parte del juez en la jurisdicción civil es un arma de doble filo que en ningún momento sirve para la tutela efectiva de los derechos subjetivos, pues es un deber de las partes probar los hechos en los que sustenta su pretensiones, y siempre que un juez decreta pruebas de oficio debe prejuzgar e inclinar la balanza hacia los intereses de alguna de las partes para comprobar los presupuestos que él aduce a su favor (p. 134).

Una segunda orientación se hace en función de la participación activa del juez para evitar pruebas sombrías o incoherentes que no permitan tomar decisiones razonables y de fondo. Se sustenta en la responsabilidad de garantizar los fines esenciales del Estado, siendo la administración de justicia y el debido proceso principios de orden público representados en un juez como servidor estatal. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en decisión C-159 de 2007, sustento de la T-264 del 2009, frente al no afectarse “la imparcialidad del juez, ya que el funcionario puede decretar pruebas que favorezcan a cualquiera de las partes siempre que le ofrezca a la otra la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción”. Señala también la Corte que este poder judicial no constituye *per si* una parcialidad o prejuzgamiento, dado que sólo le debe acompañar el interés “en favor de la

verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto”. Así que para este Alto Tribunal no es de buen recibo suponer la mala fe, por cuanto si se actúa en contra de las normas constitucionales y legales el juez puede ser objeto de sanciones: autor del tipo penal de prevaricato por acción y si no oficia una prueba necesaria lo sería de prevaricato por omisión.

No obstante, a pesar de que en Colombia por influencia jurisprudencial impera la postura del juez activo, la carga dinámica de la prueba sigue teniendo detractores como Alvarado Velloso (*cf.* 2010), para quien es extraña y alejada de la realidad la doctrina de la solidaridad entre contendientes desde un ámbito de colaboración en el proceso probatorio; sólo produce incertidumbre, dice el autor, dado que si los jueces no están “vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones [...] con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio” (p. 45), so pretexto de facilitar la prueba; repugnando “el texto expreso de la ley, y [acercándose] peligrosamente al prevaricato” (p. 46). Según el autor este evento no puede darse en Estados en donde no exista norma que imponga la carga estática de la prueba. Ante esta censura y otras similares dirigidas hacia circunstancias de la práctica, porque se afecte la imparcialidad o porque se valore más a las pruebas de oficio, Giacomette Ferrer (2013) manifiesta que el juez desconoce el resultado de la prueba ordenada y a quién favorecerá. “Pensar lo contrario es invertir los estadios de la actividad probatoria ya estudiados (solicitud, decreto, práctica y valoración (p. 286).

Pero no sólo Alvarado Velloso censura la carga dinámica. Bermúdez Muñoz en Colegio de Abogados Rosaristas (2015) indicó que esta teoría flexible del *onus probandi* a veces se

aplica tomando como referente el precedente jurisprudencial, quizás con un pensamiento de querer ser justos, pero que no ha tenido un buen desarrollo metodológico dada la despreocupación frente a analizar si con las reglas existentes se soluciona la cuestión de las asimetrías entre partes, porque la misma doctrina no ha dicho mucho sobre si se requiere o no una modificación. Cita a Periano en su ponencia, de quien afirma haber considerado que la carga dinámica de la prueba se puede aplicar bajo las reglas existentes, pero que no las desarrolla a fondo. Asimismo afirma que tal distribución es complicada en los procesos orales, por cuanto dada su concentración con el fin de fallarse en la misma audiencia, una posible inversión obligaría a quien se le desplazó la responsabilidad, de expresar su imposibilidad de aportar lo exigido. Entonces, continua Bermúdez Muñoz, el juez tendría que suspender la audiencia porque no podría fallar sin la valoración de las pruebas que se alleguen *a posteriori*; con el agravante de que al otorgarse término para que se aporten las aquellas, se requiere nueva audiencia y ampliación en los términos para finiquitar el proceso.

Es así que el ponente, detractor de la carga dinámica por ese cambio de reglas durante el proceso, se pregunta: “¿Cuál es la actitud que uno debería tener hoy frente ante el Código, frente al tema del deber de decretar pruebas de oficio?”, refiriéndose a la conducta que las partes deban tener. Indica que podría de ser obstrucción (actitud ilícita y censurable); de pasividad, (espera que el otro pruebe); de colaboración (filosofía de la teoría de la carga dinámica, como lealtad al proceso y sobre la que no tiene mucha credibilidad); y actitud activa de probar su propia posición. Frente a este último comportamiento, valorada por el académico, emana la responsabilidad de suministrar las evidencias que acrediten la verdad de su cliente. Incluso resalta una de los cambios que trae el CGP, porque ya no es viable que

en la contestación de la demanda se reduzca la parte a referir si son o no ciertos los hechos de la demanda, sino que debe argumentar por qué no lo son y responsabilizarse de probarlo²² (Colegio de Abogados Rosaristas, 2015).

Además, la Corte Constitucional (T-264, 2009 citada por Giacomette Ferrer, 2013, p. 287) reafirmó que con el dinamismo probatorio no existe desplazamiento de los sujetos procesales en su deber, sino que el juez actúa comprometido con la verdad y con el derecho sustancial; por ende, si se favorece a una de las partes la otra puede hacer uso de su derecho a la defensa y a la contradicción, superando cualquier presunta parcialidad. De otro lado, no sería viable una mayor valoración a la prueba oficiosa, dado que la apreciación probatoria se hace en conjunto y con argumentaciones sobre el mérito que se haya dado a cada una.

2.1.3.8 Principios relevantes de la carga dinámica de la prueba

A pesar de que en Colombia existió el sistema mixto de valoración probatoria²³ a partir del Decreto 1400 de 1970, fue poco el ejercicio de tales facultades por parte de los jueces. Afortunadamente para el dinamismo del *onus probandi*, la Constitución de 1991 exige una diligencia más dinámica en la pesquisa de lo fáctico debatido en el proceso judicial, porque aun cuando las partes tengan el peso de probar los supuestos de hechos -excepto los notorios, las negaciones indefinidas o las presunciones legales-, no es posible exigir “actos de proeza”

²² Tal cual lo aclara Bermúdez Muñoz, sólo se podrá expresar que no consta cuando son hechos atribuibles a terceros.

²³ Carga procesal en cabeza de las partes y potestad para que se decreten de oficio las pruebas que sean necesarias para tener certeza de las situaciones fácticas.

a quien no pueda evidenciar por causas ajenas a su voluntad. Se enfatiza que el juez debe asumir la carga dinámica de la prueba con protagonismo y concebir su nuevo contexto de inversión, en aras de satisfacer los fines esenciales del Estado, dado que se encuentra en un escenario más complejo en el que no le es factible al derecho encontrar las respuestas a todas las situaciones de la sociedad.

Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 ("Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial") (Corte Constitucional, T-406, 1992). [Negrillas dentro del texto].

Habría que decir también que, recientemente la jurisprudencia vuelve a identificar a los principios relevantes frente a la carga dinámica de la prueba, constatando su desarrollo histórico y las exigencias particulares de ciertas pruebas por asimetrías o inequidades entre los implicados; circunstancia ésta que originó el dinamismo defendido, porque:

[...] la teoría de la carga dinámica de la prueba no solo es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva, de la prevalencia del derecho

sustancial y de su misión activa en la búsqueda y realización de un orden justo. Es también compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, así como con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Corte Constitucional, C-086, 2016).

En esa misma providencia la Corte resalta el eco que desde décadas pasadas ha tenido la carga dinámica por precedente jurisprudencial²⁴ del Consejo de Estado en litigios de responsabilidad médica, de la Corte Suprema de Justicia en asuntos de responsabilidad civil y varias decisiones de la misma Corte Constitucional. Todas ellas rescatando la lealtad procesal, la colaboración, la justicia y la equidad. Los principios relevantes del peso dinámico se resumen en la siguiente tabla.

²⁴ Se lee en Trujillo Cabrera (2006) la trascendencia de la buena fe y de la solidaridad, por cuanto se trata de hacer aportes probatorios por quien tenga la mejor condición para realizarlo, con una responsabilidad compartida en aras de apoyar al juez para que su decisión sea justa. Este autor también revisó algunas prácticas de la carga dinámica en jurisprudencia argentina, donde se invocaron los principios “a) solución justa b) buena fe c) primacía de la verdad objetiva sobre la formal d) esclarecimiento de la verdad e) el derecho justo, y f) la efectividad de la coerción de la justicia (p 31).

Tabla 1. *Principios que sustentan la carga dinámica y su fundamento*

PRINCIPIO	SUSTENTO JURÍDICO	EXPLICACIÓN
SOLIDARIDAD	Corte Constitucional, T-767, 2014	Asumir un deber como miembro de una comunidad representa aportar su “esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”, para coadyuvar en el logro de los derechos efectivos de las demás personas, en particular ante la debilidad manifiesta.
	Ley 1564, 2012	Canosa Suárez (2013) determinó que la solidaridad está inmersa en varias normas del CGP (juramento estimatorio; contestación de la demanda; prohibición de exigir pruebas que las partes directamente deban aportar; consecuencia de confesión presunta si se obstruye una inspección judicial o un dictamen pericial; exigir argumentos cuando se desconocen documentos; entre otras). En efecto, un proceso es visto como una “comunidad de trabajo”, sin dar lugar a que los litigantes dominen las pruebas; ellos deben estar prestos a ayudar a descubrir la verdad (pp. 71-72).
IGUALDAD	Const. 1991, art. 13 y CGP, art 4°.	La norma adjetiva indica que “El juez debe hacer uso de los poderes que este Código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”. Sólo así se garantizan las soluciones justas, tal cual lo exigen los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como lo son la Declaración Universal de los DDHH (art. 10) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), citados por Rojas Gómez (2012) para indicar que más allá de “garantizar que las partes reciban igual tratamiento por la ley y por la autoridad judicial”, es preciso emplear los poderes de ordenación e instrucción en favor de quien esté en estado de indefensión.
LEALTAD PROCESAL	Corte Constitucional, T-1014, 1999	La lealtad, junto a la buena fe, la veracidad y la probidad, es un principio ético que apoya al derecho procesal como forma vinculante en el actuar de las partes, porque impera el interés público. Así se evitan fraudes procesales. Principio conexo con el de la buena fe procesal.
BUENA FE PROCESAL	Corte Constitucional, C-527, 2013	La buena fe se correlaciona con la confianza. Es decir, se debe creer y confiar en que los intervinientes procederán con “honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí”.
	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5372, 2000.	La buena fe se aplica a las gestiones de las partes y la forma de asumir sus deberes; ellas no pueden abusar de sus derechos, ni tener acciones ilegales. Han de ajustar su actuar “a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás”.

Fuente: Construcción propia.

2.1.3.9 *Aplicaciones de la carga dinámica de la prueba*

Como en acápites anteriores se ha aludido, la aplicación de la carga dinámica de la prueba en Colombia respondió a necesidades judiciales, principalmente en el derecho civil y el derecho administrativo, sin perjuicio de algunas incipientes intenciones en asuntos penales²⁵.

Los casos con mayor aplicación han sido:

1) mala praxis profesional, especialmente en los servicios médicos; 2) procesos de simulación; 3) injurias y calumnias en el ámbito periodístico; 4) procesos de alimentos; 5) enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos; 6) levantamiento del velo societario por fraude atribuido a los socios, representantes o administradores de personas jurídicas; y 7) responsabilidad en materia de derechos del usuario o consumidor.

Así mismo, hay nuevos campos jurídicos que, en materia de inversión de carga de la prueba, se constituyen en nuevos retos para la jurisdicción. Entre ellos vale resaltar el recién expedido Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, el cual supone una mayor exigencia al productor en el ámbito probatorio para poder excluir la responsabilidad civil por los daños que sus bienes y servicios generen.

De igual manera, en la Acción de Restitución de Tierras, Ley 1448 de 2011, -más conocida como la Ley de Víctimas- que establece principios probatorios favorables a las víctimas, como aquellos relacionados con violencia sexual (artículo 38),

²⁵ Giacomette Ferrer (2013) señala cómo en el campo penal la carga dinámica de la prueba se ha visto en relación con la oportunidad para que el procesado o la defensa desvirtúen lo probado por el Estado, a fin de incorporar ciertos criterios racionales y lógicos sobre las pretensiones de las partes y los medios para hacerlas valer.

presunciones legales y de derecho en cuanto al despojo e inversión de la carga de la prueba para la restitución de la tierra (artículos 77 y 78) (Giacomette, 2013, pp. 259-260).

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil (2014), en un caso de responsabilidad médica, explicó la culpa probada en cuanto a que “el profesional de la medicina no se compromete a sanar o curar a su paciente, más bien a hacer todo lo posible, desde su conocimiento, para remediar sus padecimientos”; significando que es el reclamante quien acredita la existencia de elementos constitutivos de responsabilidad contractual o extracontractual del facultativo, “sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos”. Para esta Corte, no obstante, el juez puede flexibilizar “el rigor de las reglas de la carga de la prueba [con] determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto”, para evitar un “fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima”. Se reitera el respeto a la potestad judicial de aplicar la carga dinámica de la prueba, según cada caso y en particular por condiciones asimétricas en la actividad probatoria; de manera tal que el operador judicial pueda hacer un juicio valorativo eficaz para declarar la responsabilidad del médico. Es decir, el juez no aplica la regla general de manera absoluta; por el contrario:

[...] con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduce ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocerales

derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ib.); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento (Corte Suprema de Justicia, 11001-31, 2014)

También la Corte Constitucional frente a la indefensión o debilidad manifiesta dijo:

Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia (T-327, 2001).

Giacomette Ferrer (2013), sustentada en la anterior sentencia, comentó la importancia de la evolución de la carga dinámica de la prueba cuyo desplazamiento surge por el conocimiento técnico y por la situación en que se encuentre quien debería evidenciar los hechos. Un peso dinámico que se ha dado en asuntos de población desplazada y “en casos de responsabilidad civil o estatal por la prestación de servicios médicos, o responsabilidad médica” (p. 261), como uno de los asuntos de referencia obligada.

Como resultado de lo estudiado en este capítulo, se halla que el Estado Social de Derecho prevé nuevas relaciones en donde prima el interés social y/o comunitario, en concordancia con sus fines esenciales, para proteger los derechos fundamentales y lograr la primacía del interés general, con prevalencia del derecho material sobre el derecho formal en las actuaciones de la administración de justicia. Por consiguiente, la estructura axiomática del derecho de la prueba se encuentra en la Carta Política (art. 29), inherente al debido proceso. Pero además, el legislador respalda aquel derecho dentro del nuevo sistema oral y por audiencias, como resultado de los cambios sociales congénitos al Estado Social de Derecho. Un sistema con modelo mixto que atribuye responsabilidades específicas tanto a las partes como al juez, en perspectiva de asegurar la tutela judicial efectiva y la realización de los derechos de los ciudadanos.

En ese orden de ideas, el proceso justo se obtiene cuando existe equilibrio entre las cargas procesales de las partes y la actuación judicial. De ahí la especial atención a la carga dinámica de la prueba, cuyo surgimiento fue del precedente jurisprudencial, dado que, antes del Código General del Proceso, no se encontraba en la legislación colombiana referencia alguna. No obstante, las Altas Cortes, fundadas en la Constitución de 1991, acudieron a esta figura para resolver situaciones de desigualdad entre los sujetos, requisición de altos niveles de especialización o estado de debilidad. Circunstancias en las que se procedió a valorar la inversión de la carga, aplicando los principios de solidaridad, buena fe, equidad, igualdad real y lealtad procesal, exigiendo un juez activo y dinámico para quien importa la salvaguardia del derecho al acceso a la justicia dentro de un orden justo.

Se insiste: la intervención del juez en la distribución de las cargas probatorias plantea un

prudente equilibrio entre la función judicial en el Estado Social de Derecho y el cumplimiento de las cargas procesales que constitucionalmente corresponde asumir a las partes.

2.2 Capítulo 2. La carga dinámica frente a los medios de prueba del código adjetivo colombiano

Antes de examinar la teoría “carga dinámica de la prueba” frente a cada uno de los medios probatorios enunciados en el Artículo 165 del CGP, con el propósito de comprender la distribución del *onus probandi* en la actuación procesal, es revelador definir los medios probatorios y explicar sus características y requisitos extrínsecos e intrínsecos. Medios acordes al desarrollo del proceso oral y por audiencias en la jurisdicción civil y que sirven de fuente residual, por vía de analogía, ante los posibles vacíos que nazcan en otras especialidades de la jurisdicción ordinaria²⁶ y demás jurisdicciones.

Los medios probatorios son herramientas señaladas por la ley para demostrar los hechos. Como aquellos no fueron establecidos de manera taxativa por el legislador, se evidencia la posibilidad de usar otros, aunque en la práctica judicial no suelen aplicarse.

A diferencia de la ley procesal civil anterior -Decreto 1400 de 1970-²⁷, el nuevo Código

²⁶ La Ley 1564 de 2012 trajo un conjunto de disposiciones con aplicación en diferentes temporalidades: unas, a partir de su promulgación, otras en octubre de 2012 –tal es el caso del juramento estimatorio- y las demás normas rigieron a partir del 1º de enero de 2014 en forma gradual, siempre que se hubiesen ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y que se dispusiera de la infraestructura física y tecnológica, así como de otros elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias; estableciéndose un plazo máximo de tres años (a partir de enero de 2017) para estar completamente implementado, tal como lo consagró el Artículo 627 del CGP. No obstante, la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispuso mediante Acuerdo PSAA15- 10392 del 1º de octubre de 2015 que el Código General del Proceso entraría a regir en su totalidad a partir del 1º de enero de 2016 para todas las especialidades y en todos los distritos judiciales; decisión fundamentada en que los programas de formación para empleados y funcionarios se llevaron a cabalidad, y así mismo se cumplió con la adecuación de estructuras físicas para el desarrollo de audiencias orales.

²⁷ El Código de Procedimiento Civil contemplaba siete medios probatorios: declaración de parte, testimonio, inspección

incorpora nueve medios de prueba: declaración de parte, confesión, juramento, testimonio de terceros, dictamen pericial, inspección judicial, documentos, indicios e informes. Como se observa, no son disímiles a los anteriores sino que se separó el informe -antes incluido dentro de la prueba pericial-, en razón a que aquel no requiere un conocimiento técnico, científico y/o artístico y su naturaleza es diferente. Igual suerte tuvo la declaración de parte, en razón a que en el Código de Procedimiento Civil se buscaba obtener la confesión sin tener en cuenta la declaración de la parte; en la actual codificación, con la prueba de la declaración de parte, se valorará tanto lo confesado como lo declarado al momento de emitir sentencia y conforme a lo establecido en el Artículo 165 del C.G.P.

2.2.1 Medios de prueba en el Código General del Proceso

2.2.1.1 *Declaración de parte*

Siendo las partes quienes mejor información poseen sobre los hechos debatidos, la declaración de parte adquiere alto valor para el juez, presumiéndose el principio de buena fe y lealtad procesal en su realización. Sin embargo, si el obrar de aquellos fuere desleal se someterán a las consecuencias legales. Según Rojas Gómez (*cf.* 2015b) no habría justificación para que las partes falsearan las *quaestio facti*, por cuanto en aplicación del principio de contradicción podrá evidenciarse la inexactitud y con secuelas para quien lo hizo (CGP, arts. 79.1, 80), sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar (Cód. P., arts. 442, 453) y de los resultados contrarios a sus intereses (CGP, art. 97.1). Por supuesto, aun

judicial, prueba pericial, indicio, juramento y documento.

cuando no dijeran totalmente la verdad, “parece innegable que las consecuencias adversas que pueden derivarse de la mentira sean idóneas para disuadir a los litigantes de incurrir en ella, o por lo menos de hacer afirmaciones cuya falsedad sea fácilmente constatable (p.284).

Entonces, la declaración de parte, también conocida como interrogatorio de parte, puede darse extrajudicial o procesalmente. La primera, provocada, se regula en el Artículo 184 del CGP, permitiendo que los extremos requieran, por una sola vez, “que su presunta contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre hechos que han de ser materia del proceso [...]”. El fin último de esta declaración es lograr la confesión de la futura parte, a efecto de pre constituir la prueba. La segunda, codificada en el Artículo 198 del CGP, espontánea y libre, puede realizarse a solicitud de parte en la demanda o en la contestación de la demanda, o por orden oficiosa judicial en ejercicio de las facultades previstas en los Artículos 169 y 170 del CGP, disponiéndose su citación para “interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso” (CGP, art.198, inc. 1º).

En concreto, el interrogatorio de parte es forzoso en los procesos verbales así no lo soliciten los sujetos, siendo la única prueba practicada en audiencia inicial (CGP, art. 372.7)²⁸. Sin embargo y de manera excepcional, allí también se pueden practicar otras pruebas en presencia de los extremos de la relación jurídica procesal, sin perjuicio de la posibilidad probatoria que para tal diligencia establece el Parágrafo del Artículo en comentario²⁹. En todo caso, el previsto en tal audiencia inicial puede realizarse en la de

²⁸ Se consagra que: “El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso”

²⁹ El parágrafo dice: “Cuando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el

juzgamiento, cuando las partes o sus apoderados no asisten a la primer y justifican dentro de los tres días siguientes, con sustento en causal de fuerza mayor o caso fortuito (CGP, art. 204) y aceptación por parte del juez³⁰.

En el proceso verbal sumario el interrogatorio de parte se lleva a cabo en la audiencia contenida en el Artículo 392 del CGP, cuyo inciso primero ordena:

En firme el auto admisorio de la demanda y vencido el término de traslado de la demanda, el juez en una sola audiencia practicará las actividades previstas en los artículos 372 y 373 de este código, en lo pertinente. En el mismo auto en el que el juez cite a la audiencia decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere.

2.2.1.2 *Confesión*

Cuando en una declaración de parte se reconocen hechos por aquel a quien le pueden generar efectos perjudiciales, se considera que hay una confesión como medio de prueba. López Blanco (2008) la definió como “la manifestación que voluntariamente hace, bien espontáneamente, ora por ser expresamente requerido, un sujeto de derecho acerca de hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas” (p. 151). Se trata de una prueba personal e indirecta; lo primero, porque es una persona quien hace tal declaración; lo segundo, porque no es el juez quien percibe lo ocurrido, sino que se entera de aquello por la

juez de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373. En este evento, en esa única audiencia se proferirá la sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5 del referido artículo 373.

³⁰ Excusa que también evitará que se multe a quienes no asisten. Sin embargo, si la justificación se presenta antes de la audiencia inicial, el funcionario podrá establecer una nueva fecha para realizar la diligencia inicial siempre que se celebre dentro de los diez días siguientes a la data inicialmente prevista (CGP, art.372.3).

manifestación que realiza quien confiesa. Se le conoce como una prueba histórica, dado que durante el desarrollo del interrogatorio la parte confesante reconstruye hechos pasados (Tirado, 2013, p. 43).

Ahora bien, para Parra Quijano (2011, p. 394) la confesión es una declaración de parte indivisible en la que se narren hechos “aún sin haber sido expuestos por la contraparte, pero que incidan en forma más o menos directa en el objeto concreto del proceso”, con perjuicio o beneficio para el otro, conteniendo versión sobre lo sucedido o “afirmaciones jurídicas que significarán narración simplificada de hechos”, como especie de testimonio que escudriña en el pasado personal de quien confiesa o en situaciones ajenas.

De la misma forma, este medio de prueba legal fue considerado durante muchas décadas de gran importancia por el valor de quien hace la declaración; aun cuando también tuvo detractores que consideraron que podría consistir en “una habilidosa trampa para incautos, o [en] una sencilla puerilidad de inocentes” (De Pina, 1941, p.164). Sin embargo, desde cualquier perspectiva, en Colombia se reconoció como una especie de la declaración de parte³¹, clasificada en judicial y extrajudicial tanto en el procedimiento penal como en el civil. La primera, realizada ante el juez de la causa, puede ser provocada (CGP, art. 202) o espontánea. La segunda, otrora entendida como la que se da dentro de pláticas cotidianas entre particulares, hoy tiene connotación legal al preverse que quien quiera accionar o crea que va a ser demandado “podrá pedir, por una sola vez, que su presunta contraparte conteste

³¹ El antiguo Código Judicial -Ley 105, 1931-, así como el derogado Código de Procedimiento Civil -Decreto 1400, 1970, así lo estipulaban. Fue en el Código General del Proceso -Ley 1564, 2012- donde se diferenció la confesión de la declaración de parte.

el interrogatorio que le formule sobre hechos que han de ser materia del proceso” (CGP, art. 184) indicando lo que quiera comprobar a través de un cuestionario que podrá entregar. “La competencia de las solicitudes de pruebas anticipadas o extraprocesales queda radicada [...] en los jueces civiles municipales y del circuito en primera instancia, a prevención, sin consideración a la calidad de las personas interesadas, ni a la autoridad donde se hayan de aducir” (Tirado Hernández, 2013, p. 44), según lo regula el CGP.

En efecto, la prueba de la confesión, sea procesal o extraprocesal, sólo produce consecuencias si reúne los requisitos de ley: que se tenga capacidad para confesar y poder dispositivo sobre el derecho frente al cual se confiesa; que los hechos confesados generen consecuencias contrarias a quien declara o a favor de su contraparte y correspondan a asuntos personales de aquel o sobre los que sí tiene conocimiento; que sean viables de tal medio de prueba; que se haga con consentimiento libre; que se encuentre debidamente probada (CGP, art. 191). Por consiguiente “La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas” (*ib.*).

Otra tipología de confesión es la conocida como ficta o presunta regulada (CGP, art. 205); opera cuando el citado a una audiencia para interrogatorio decretado a instancia de parte no acude injustificadamente o estando allí no responde o contesta con evasivas, dando lugar a que se presuman “ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito”. También se tiene como tal “cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes”. Se trata entonces de “una presunción legal o

juris tantum de veracidad del hecho confesado, [que] implica la inversión de la carga de la prueba y hace recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2010). Esta tipología de confesión puede darse en interrogatorio de parte judicial o extrajudicial. En el segundo caso, siempre y cuando se hubiera presentado cuestionario en sobre cerrado a la audiencia. No obstante, si los hechos de la demanda, contestación o excepción, no ameritan confesión, o las preguntas del interrogatorio en sobre cerrado no cumplen con los requisitos de confesión, “se apreciará por parte del juez como indicio grave en contra de la parte citada” (CGP, art. 205, inc.3º).

2.2.1.3 *El juramento*

El juramento es la garantía de que quien actúa ante la administración de justicia lo hace con lealtad procesal. Cabe señalar que aun cuando está regulada la presunción de buena fe en el Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, existe el deber del juramento en cabeza de los litigantes para “asegurar con la previsión de importantes consecuencias adversas por su inobservancia, [...] [que se hagan] algunas afirmaciones bajo el compromiso específico e inequívoco de ceñirse a la realidad” (Rojas Gómez, 2015b, p. 327).

Así mismo, para la Corte Constitucional el juramento es un medio de prueba que aumenta “la garantía de veracidad en las declaraciones de las partes vinculadas a las causas judiciales, o, en general, de aquellas declaraciones de los individuos que los vinculan jurídicamente frente a terceros” (C-616, 1997). Al punto que quien falte a la verdad tendrá sanciones penales. Son entonces dos sus tipologías: el estimatorio y el deferido por la ley.

El juramento estimatorio se establece para quien “pretenda el reconocimiento de una

indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”, caso en el cual “deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos” (CGP, art. 206). Será prueba “mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo” (*ib.*); en caso contrario deberá aportar o solicitar evidencias para sustentar lo exigido. Incluso, si no hay objeciones pero “el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido” (*ib.*). Esta categoría³², medio de prueba y requisito de la demanda, se propone evitar estimaciones excesivas por el reclamante y hacerlas justas y consecuentes en la práctica de pruebas. Por ello es que si se demuestra por prueba oficiosa o a solicitud de parte que el valor estimado supera el 50%, se aplican sanciones económicas a quien desorbitó en su exigencia dineraria, salvo si se trata de cuantificación de daños extrapatrimoniales o cuando quien reclama es un incapaz. Incluso, cuando se nieguen las pretensiones al no demostrar los perjuicios reclamados “por actuar negligente o temerario de la parte” (CGP, art. 206, Par.), también se aplica una punición pecuniaria, a menos que la no prueba de lo exigido “sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”, situación en la cual “la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso” (Corte Constitucional,

³² Inicialmente su aplicación operó en los antiguos Código Judicial y Código de Procedimiento Civil (limitada sólo para aquellos casos de estimación en dinero de las pretensiones); luego se amplió bajo la Ley 1395 de 2010, permitiendo el reconocimiento de indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras.

C-157, 2013)

El juramento deferido por la ley hace referencia a la “afirmación específica que la ley exige como presupuesto para tener por cierto el hecho afirmado, sin perjuicio de la posibilidad de desvirtuarlo por medio de otras pruebas” (Rojas Gómez, 2015b, p. 340). Estuvo contemplado de manera tácita en el Artículo 212 del Código de Procedimiento Civil (CPC), como autorización al juez para instar el juramento con valor probatorio legal “dentro de la oportunidad para practicar pruebas, en la fecha y hora que se señale”. También el Código General del Proceso lo regula en su Artículo 207, donde lo describe como aquel que “tendrá el valor que la ley le asigne”. Su efecto proactivo se halla ciertas prácticas judiciales³³. A esta clase también se le conoce como supletorio, por la racionalidad judicial para determinar las circunstancias de la causa y el valor de los litigantes, a fin de actuar sobre la demanda o la contestación de la demanda -en particular las excepciones-, sin que descarte la aplicación posterior de otras pruebas.

Entonces, la eficacia del juramento se sustenta en varias condiciones: (1) La disposición del confesante sobre el derecho de que se trate; (2) La legitimación para el acto; (3) La pertinencia en la solución del conflicto objeto del juramento; (4) Los hechos alegados por las partes como sustento de las pretensiones o excepciones; (5) La conducencia frente a lo que se intenta probar; (6) Lo jurado se refiera a un hecho posible; (7) El juramento no adolezca de objeto o causa ilícitos; (8) La ley no prohíba investigar el hecho objeto del juramento; (9)

³³ Ejemplos de prácticas donde se requiere del juramento deferido: interrogatorio de parte (Art. 203 del C.G.P); declaración de terceros (Art. 220 del C.G.P); amparo de pobreza (Art. 151 y 152 C.G.P), entre otros.

El hecho no sea contrario a otro notorio; (10) El hecho no sea contrario a las máximas de la experiencia; (10) La situación fáctica sea jurídicamente posible; (11) Antes de aceptarse el juramento no exista prueba en contrario; (12) Se pruebe oportunamente, si se trata de traslado de prueba; (13) Se cumpla dentro de los términos procesales legales; (14) Si son varios litisconsortes necesarios, lo provoquen o se defiera a todos; (15) Verse sobre hechos propios o ajenos, pero no sobre cuestiones de derecho, ni sobre sentires personales; (16) No se produzca su posterior revocatoria (Devis Echandía, 2012b, pp.10-13).

2.2.1.4 *Testimonio*

El testimonio consiste en la declaración realizada por personas ajenas al litigio, quienes percibieron a través de sus sentidos los hechos allí debatidos, al ser estos trascendentes en la causa que se debate. Al igual que la confesión, para Tirado (2013, p. 198) se trata de una prueba indirecta, personal e histórica. La primera característica derivada de que “mediante ella el juez no entra en contacto directo con los hechos objeto de demostración, sino que se entera de que existen y de sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, en virtud del relato que ante él hace un tercero que sirve de órgano de prueba”, de tal manera que lo que hace el juez es deducir a partir de lo escuchado. La segunda característica coincide con el hecho de que quien rinde el testimonio es una persona. La tercera, por su parte, se identifica en la reconstrucción que hace el juez del “pasado para precisar de qué manera acaecieron los hechos”, en un regreso para componer una historia a partir de lo contado por persona diferente a los sujetos procesales.

Según Devis Echandía (2012b, p. 19) “el testimonio es un acto procesal, por el cual una

persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos; está dirigido siempre al juez y forma parte del proceso o de diligencias procesales previas”. Como se ve, es una prueba importante que ayuda al juez a deducir unos hechos, con mayor o menor correspondencia entre lo expresado y lo sucedido, a partir de observaciones inmediatas o mediatas, en donde debe reinar la confianza. Podría el testigo mentir o ajustar sus versiones según su interés, pero será requerido “a suministrar una narración ceñida al conocimiento que posee, con la advertencia de que la mentira constituye un crimen que la haría merecedora de un castigo severo” (Rojas Gómez, 2015b, p. 345); razón que da mayor certeza a la veracidad de su relato. Sin embargo, aquel “puede sostener que no le constan los hechos, [o] que no sabe lo que se pregunta” (Parra Quijano, 2011, p. 268); circunstancia en la que se determina la existencia del testigo pero no del testimonio, “por cuanto no ha habido representación de los hechos solicitados” (*ib.*).

Del mismo modo, la prueba testimonial se solicita dentro del término legal que tienen los extremos pasivo y activo, especificando los datos claros de quien o quienes actuarán como testigos, así como el fin de su declaración o sobre qué hechos van a exponer. Sin embargo, el juez puede decretarla de oficio siempre que el nombre del testigo o testigos aparezca mencionado dentro del proceso (CGP, art.169, inc. 1º), con opción de contradicción y segundo momento de preguntas para aclarar o complementar el primer interrogatorio.

Al fin y al cabo, rendir testimonio es una obligación en cabeza de quien conozca los hechos relevantes (CGP, art. 208), a pesar de que con ello se restrinja su intimidad y su autonomía, por cuando prima el propósito de alcanzar un orden justo (*cf.* Rojas Gómez, 2015b, p. 346). Un deber que sigue las formalidades contenidas en las normas procesales para garantizar el

debido proceso y el respeto de los participantes³⁴; y “un derecho del Estado poder exigir a las personas que se encuentran en su territorio, que rindan testimonio” (Parra Quijano, 2011, p. 276).

Se agrega que, una variación que introdujo el Código General del Proceso en materia de objeción de la prueba testimonial, considerada positiva para evitar posibles dilaciones, es que luego de surtirse aquella por las partes frente a las preguntas que se formulen, sin correr traslado el juez procede a resolver de plano; no cabe duda que siendo éste árbitro entre los adversarios, es quien debe decidir las controversias que surgen entre las partes. Las objeciones son manifestación del derecho de contradicción que pretende minimizar los efectos de la prueba y evitar conductas no debidas dentro del debate testimonial.

Entonces, “La persona que haya presenciado los hechos relevantes para dirimir un litigio puede ofrecer su declaración en el proceso en el que se pretenda solucionar, fuera de él, o incluso antes de ser promovido el debate judicial respectivo” (Rojas Gómez, 2015b, p. 354). Siendo fuera del juicio, el testimonio está sujeto a que la contraparte solicite su ratificación³⁵; si no lo hace, se convertirá en plena prueba y podrá ser valorada en la sentencia.

³⁴ Dentro de las formalidades para la práctica del interrogatorio contenidas en los Artículos 220 y 221 del CGP, está la identificación al testigo por cualquier medio idóneo -por ejemplo, con su licencia para conducir-; la verificación de la relación con las partes; el conminar al testigo a decir la verdad, so pena de incurrir en falso testimonio; el rechazo a las preguntas impertinentes, superfluas o repetidas, salvo que sean útiles al proceso; al igual que las sugestivas y las que tienden a provocar conceptos del declarante, salvo que sea perito técnico. Siempre será el juez quien inicia las preguntas, dando posteriormente la palabra a quien pidió la prueba y por último a la parte contraria; existiendo la posibilidad de una nueva ronda de preguntas, en el mismo orden, para aclarar o complementar. De lo acontecido en esta práctica de pruebas se deja constancia en el acta; su valoración se hará al proferir sentencia.

³⁵ Para dicha ratificación se debe repetir el interrogatorio, sin permitir que el testigo lea la declaración dada anteriormente (CGP, art. 222).

2.2.1.5 *Inspección judicial*

La inspección judicial, anteriormente llamada inspección ocular, se obtiene a través de la percepción directa del juez “sobre cualquier cuerpo, elemento o fenómeno perceptible por medio de los sentidos, como olores, sonidos, sabores, lugares, movimientos, sistemas, dinámicas, cosas o personas” (Rojas Gómez, 2015b, p. 266). Aun cuando pueda suceder que descubra de manera indirecta otras circunstancias que lo lleven a determinar aquello propio de los hechos del litigio.

Por ser prueba directa, en la que hay predominio de la percepción, el juez debe emplear sus propios sentidos en la apreciación de los hechos en el más amplio sentido del vocablo, pues aunque parezca exagerado, debe hacerlo, verbigracia, con el olfato, si es necesario (Parra Quijano, 2011, p. 575).

Lo cierto es que a pesar de ser una prueba importante que garantizaría mayor confiabilidad en lo que se pretende demostrar, su práctica suele ser costosa por la exigencia de la inmediación en cabeza del juzgador, quien debe trasladarse al lugar de la inspección. Por ello, la expectativa es contar con jueces activos en la inmediación al practicar personalmente las pruebas, tal cual lo exige el Artículo 171 del CGP, dado que la delegación para su práctica está prohibida, a menos que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o fuera del territorio, sin que existan medios técnicos que faciliten su ejecución.

No obstante la trascendencia de la prueba de inspección judicial, ésta es excepcional; si existen otros medios probatorios el juez puede abstenerse de decretarla hasta que se practiquen los demás y sólo si es necesaria porque no se logra el esclarecimiento de los hechos, la decretará; inclusive, si hay dictamen de peritos y lo considera suficiente, puede

obviar la inspección judicial (CGP, art. 244). Un carácter subsidiario derivado del costo y desgaste que significa su realización, pero que no exime de la obligación de acudir a este medio frente a algunas “pretensiones que exigen el examen directo del juez sobre ciertas situaciones de hecho” (Rojas Gómez, 2015b, p. 277)³⁶.

La prueba de inspección judicial tiene como objeto:

[...] los hechos que el juez puede reconocer, [...], por cualquiera de los órganos de los sentidos, según la naturaleza de los propios hechos. Es posible que haya cesado su ocurrencia; en este evento, solo podrán ser objeto de inspección los vestigios, huellas, rastros, residuos, pues de lo contrario el hecho debe existir, salvo que suceda en el momento de la diligencia (Parra Quijano, 2011, p. 576).

2.2.1.6 *Dictamen pericial*

La prueba pericial se practica cuando se requiere un conocimiento, técnico, científico y artístico para lograr la verdad de los hechos; en caso contrario, se puede acceder a otra prueba por circunstancias de tiempo y costo. Ello le da también el carácter de excepcional, sin perjuicio de aquellas causas donde es obligatorio el dictamen pericial, como en los procesos de filiación. En todo caso, si se trata de dictámenes periciales sobre puntos de derecho, éstos no se admitirán, “sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera” (CGP, art. 226). Aun cuando las partes pueden adjuntar

³⁶ Dentro de los asuntos que exigen la inspección judicial obligatoria, se pueden relacionar: la declaración de pertenencia (Art. 375, C.G.P); la servidumbre (Art. 375, C.G.P); la declaración de bienes vacantes o mostrencos (Art. 383, C.G.P); el deslinde y amojonamiento (Ar. 403, C.G.P) (Se toman los ejemplos presentados por Rojas Gómez, 2015, p. 277).

conceptos de profesionales de derecho que serán tomados por el juez como alegaciones de ellas. Según Devis Echandía (*cf.* 2012b, p. 277) esa prueba se realiza por personas ajenas al proceso y quienes por su experticia, ajena a las condiciones del común de los demás, orienta al juez en la verificación de los hechos y circunstancias.

Definitivamente, como actividad procesal y humana el dictamen pericial facilita el cotejo de hechos, con similitudes a otros medios probatorios³⁷. No obstante, su ocurrencia dentro del proceso o como medida previa le da sus propias características. El código adjetivo establece en su Artículo 227 la oportunidad legal para requerir o aportar el dictamen pericial, con la posibilidad de que si no se adjuntó en la demanda, contestación o traslado de excepciones, se puede solicitar un plazo advirtiéndolo el nombre del perito, quien no debe tener causales de impedimento o recusación. Se comprende que, sea cual fuere el momento del aporte de la prueba “debe ser emitido por institución o profesional especializado”; idoneidad que garantice al juez la toma de una decisión en derecho para dirimir el conflicto, pues “consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos” (Quijano Parra, 2011, p. 585).

Puede decirse, el dictamen pericial presentado por las partes puede ser objeto de contradicción, siempre que se solicite la presencia del perito en la audiencia de fallo y juzgamiento, para ser interrogado; si no asiste sin excusa, la pericia queda sin efecto; si

³⁷ La peritación se asemeja al testimonio, a la confesión y a la inspección judicial, aun cuando tiene sus características que la diferencian.

justifica antes de la audiencia, se recaudan las demás pruebas y se suspende la diligencia para realizarla posteriormente; pero si la allega dentro de los tres días siguientes a la diligencia y ya se dictó sentencia, podrá ser valorada como prueba en segunda instancia si se surte el recurso de apelación; (2) Se aporte un nuevo dictamen³⁸. Ello conforme al Artículo 228 del CGP, cuyo Parágrafo permite, excepcionalmente, que el dictamen se rinda por escrito “En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa”, casos en los que se corre traslado de aquel para solicitud de “aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo”.

También, López Blanco (*cf.* 2008) comentó la posibilidad de que cuando el juez tuviese una ilustración especializada respecto de los hechos en disputa, pudiera “aplicar su conocimiento privado, obviamente, con la posibilidad de discusión de su opinión respecto de las partes en el proceso” (p. 213), dado que no siempre la experticia es el medio de prueba, sino que se convierte en requisito formal dentro de algunos procesos³⁹. Razones más que justas, dice el autor, para que el operador judicial reemplace el dictamen pericial cuando su experticia se lo permita, salvo que se objete su pronunciamiento y ahí sí sea preciso el dictamen pericial. Es la aplicación del sentido común al proceso judicial.

En definitiva, dentro de las novedades legislativas del CPG en materia de inspección judicial, se tienen: la posibilidad de realizar reconocimientos aéreos o con el uso de medios

³⁸ Se aclara que pueden darse concomitantemente las dos circunstancias: pedir la presencia del perito para una interrogación y adjuntar otro dictamen.

³⁹ Refiere López Blanco (2008) el ejemplo del avalúo para las diligencias de remate, donde se produce un dictamen que no tendrá valoración del juez, sino que quedará en cabeza de las partes su objeción o no, porque se realizó como requisito pero no como prueba. Entonces, el valor final no puede ser discutido por el juez, sino que se impone dentro de la diligencia de remate.

técnicos, cuando sea preciso identificar predios rurales (art 238, Par.); y la no aplicación de la prueba de inspección cuando se trate de procesos verbales sumarios, dado que se ordenará prueba pericial (art. 392).

2.2.1.7 Prueba por informe

Dentro del derogado CPC existía el informe como parte de la prueba pericial; en el CGP se identifica como una prueba independiente, porque no requiere un conocimiento técnico, científico o artístico, pero su contenido se convierte en un elemento de reflexión para cuando se vaya a fallar por el juzgador: informes que reposan en entidades públicas o privadas, con archivos, cifras, hechos, datos u otras referencias no sujetas a reserva legal y necesarias para la causa que se discute.

No poca es la información que se guarda en los archivos de las dependencias oficiales, lo mismo que en los de múltiples instituciones privadas. Incluso hay entidades creadas exclusivamente para conseguir información y conservarla. Y aunque ésta no se guarde con la intención inequívoca de emplearla como prueba, lo cierto es que a veces muestra bastante utilidad para esclarecer hechos de interés en los procesos (Rojas Gómez, 2015b, p. 403).

Según Daniel Suárez (1991, citado por López Blanco, 2008, p. 244) el informe era independiente porque no tenía los mismos requisitos mínimos de la pericia. Su “producción, contenido y contradicción no son iguales a los de la pericia” [...] a más de que el informe puede ser un relato acerca de hechos que interesen al proceso y no necesariamente contener una experticia” (López Blanco, *ib.*, p. 246). Aclaró que la independencia como prueba se da

“siempre y cuando a la entidad no se le solicite opinión sobre determinado aspecto, sino simplemente que señale una serie de circunstancias acerca de hechos de los cuales puede dar fe de acuerdo con su particular actividad” (p. 247), por cuanto si se exige un concepto se está ante un dictamen pericial. Por el contrario, Devis Echandía (2012b) veía en los informes una relación conexa con otros medios de prueba según la especie que sustituyera. Es decir, sería un testimonio si contenía una relación de hechos y un dictamen técnico si allí se leían conceptos con cierto grado de conocimiento especial. Esta discusión se supera porque en el CGP es un medio autónomo.

De igual manera, la prueba por informe puede ser solicitada de oficio a petición de parte a fin de que se requiera a los representantes legales de las entidades públicas o privadas para que entreguen los datos solicitados que se encuentra en su poder. De todas formas, las partes deben requerir a esas mismas entidades antes del litigio o pueden hacerlo durante su desarrollo para que se les suministre los informes necesarios, indicando que servirán de prueba en el respectivo proceso; dado que aquellas tienen acceso al derecho de petición como medio de requerimiento de información y si no agotan este derecho constitucional el juez podrá rechazar la solicitud de parte por incumplimiento de su deber legal de “10. Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir” (CGP, art. 78.10, arts. 173, 275). Se comprende que, si las partes agotaron el derecho de petición pero no recibieron respuesta pueden solicitarle al Juez oficiar a la entidad el aporte de la información necesaria, fijando un término para que dichos organismos contesten, so pena de sanción al tenor del Artículo 276 del Código adjetivo.

Por supuesto que nada asegura que el destinatario atienda oportuna y satisfactoriamente la solicitud del informe aunque haya sido formulada con sujeción a la ley. De ahí que pueda ser necesaria la intervención judicial para alcanzar el objetivo, lo que obliga a echar mano del poder de instrucción atribuido al juez en virtud del cual éste puede exigir a las autoridades y a los particulares la información que el interesado haya solicitado (Rojas Gómez, 2015b, p. 404).

Indiscutiblemente, la prueba por informe incluye el deber de suministro en cabeza de las autoridades y de los particulares, sin que sea ilimitado, “pues con él a veces contrastan otros propósitos constitucionales que por lo menos obligan a reflexionar sobre la dimensión adecuada de aquél” Sin embargo, el hecho de que sea el juez quien pueda obligar a suministrar los informes dará mayor garantía del respeto de los derechos fundamentales, aun cuando siendo falible también aquel podría errar (*ib.*, p. 406).

2.2.1.8 *Indicio*

Dentro de las definiciones de indicio como medio de prueba se presentan estas: (1) “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico- crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos” (Devis Echandía, 2012b, p. 587); (2) “un hecho del cual se infiere otro desconocido. [...] un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro. *Ordo unius ad aliud*” (Parra Quijano, 2011, p. 620). Se entiende entonces que el indicio es un hecho reconocido y cualificado del que se infiere otro ignorado, con su condición de

prueba accesoria por cuanto requiere de otra para subsistir. López Blanco (2008, p. 273) sostuvo que “el indicio parte de la base necesaria de que exista un hecho conocido, denominado hecho indicador”, que debe estar probado en el juicio a través de otros medios de prueba; al punto de que si éstos son nulos el hecho indiciario será procesalmente desconocido. Por ende, sigue diciendo este académico:

Bien se observa entonces que el hecho conocido, o sea aquel a partir del cual se va realizar la inferencia, debe estar cabalmente probado dentro del proceso por cualquier medio de prueba admisible, requisito central para que a partir del mismo pueda el juez arribar al hecho desconocido, de manera tal que no sería atendible la prueba indiciaría si el hecho indicador se establece sobre la base de conjeturas y no de estar demostrado, de donde surge la necesidad de que el juez, al realizar el análisis crítico, haga, en primer término, expresa referencia a las pruebas que acreditan y le llevan certeza acerca del hecho conocido del cual parte su inferencia (*ib.*).

Parra Quijano (2011) sostiene la postura plasmada en el Artículo 240 del CGP: “Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso”⁴⁰; es decir, se requiere otra prueba dentro del proceso, con inclusión de “las reglas de la experiencia (e indicirlas como elementos del indicio) con fines fundamentalmente garantizadores. Pero en realidad son instrumentos que se utilizan para valorar absolutamente todos los medios probatorios” (p. 620).

Aun cuando la legislación procesal colombiana no identifica clasificación de los indicios,

⁴⁰ En igual sentido lo regulaba el derogado Artículo 248 del CPC.

López Blanco (2008, pp. 274-275) trae la tipología que la doctrina internacional ha establecido en este sentido: indicio necesario e indicio contingente; “entendiendo por el primero aquel hecho desconocido que, probado el hecho indicador, de manera fatal tiene que darse, por ser este el obligado supuesto para la existencia del otro”. Por su parte, los indicios contingentes “serán aquellos que con mayor o menor probabilidad, de acuerdo con la fuerza indicadora del hecho conocido, pueden permitir la inferencia de hechos desconocidos, de manera que, a su vez, se les subclasifica en indicios graves o leves”⁴¹.

Cierto es que, los indicios son “una prueba crítica o lógica e indirecta”, consistente “en hechos plenamente comprobados por cualquier medio conducente” (Devis Echandía, 2012b, pp. 591-592), de tal modo que las demás pruebas servirán para su propia confirmación. Circunstancias que no le quitan la condición de ser plena prueba dado que se trata de “hechos que por sí mismos tienen significación probatoria, en virtud de la conexión lógica que presentan con el hecho investigado” (*ib.*).

De otra parte, el Artículo 280 del CGP establece que el juez debe calificar la conducta procesal de las partes cuando dicta sentencia “y de ser el caso deducir indicio de ellas”. Dado que, como el fin de la prueba es convencer al operador judicial, éste es quien debe reconstruir lo fáctico desde la veracidad de aquella. Se espera que las partes obren con lealtad y buena fe procesal y que colaboren en la práctica del acervo. Si así no lo hicieren y por el contrario

⁴¹ Blanco López (*cf.* 2008) enseña ejemplos de los que fueron indicios necesarios que se convirtieron en contingentes, como lo fue la huella dactilar, que de necesaria pasó a contingente luego de que se avanzara técnicamente en la identificación de la misma. Incluso, el hecho de la maternidad como aspecto conocido que determinaba el hecho desconocido de las relaciones sexuales; no obstante, con los avances en la posibilidad de inseminación artificial, pasó de necesario a contingente.

obstaculizaran la instrucción del proceso, el juez deducirá indicios frente a la conducta nugatoria de las partes. Incluso, no es una facultad hacerlo, sino una orden legal. Así lo argumentó Canosa Suarez (*cf.* 2013, p. 74), sustentándose en disposiciones adjetivas, en particular en el Artículo 280 del CGP, en cuanto a la deducción de ser un indicio la conducta procesal de las partes como regla impositiva, por cuanto el operador judicial debe valorar “el comportamiento de los sujetos del proceso, de manera ponderada, objetiva y razonada, para encontrar argumentos o elementos de convicción”.

2.2.1.9 Documentos

Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videgrabaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares (GGP, art. 243, inc. 1°),

La misma norma clasifica los documentos en públicos o privados. Siendo los primeros, los entregados por funcionarios públicos o por quienes ejercen funciones públicas, o con su intervención. “Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública” (*ib.*, inc. 2°).

En realidad, la prueba documental es la única que existe al momento de aportarla, ya sea en la demanda, su contestación o su reformar, o en pronunciamiento de excepciones. Es el

resultado de un acto humano que se percibe a través de la vista y el tacto, pudiendo:

[...] ser declarativo-representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados; pero puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros o fotografías (Devis Echandía, 2012b, p. 473).

Es así como el documento no es siempre un escrito, pudiendo ser un dispositivo digital, una fotografía, una pintura, un dibujo u otra clase de impresión, perceptible por la vista y/o el oído, que comprende “[...] cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano” (Parra Quijano, 2011, p. 495). Como dijo Rojas Gómez (2015b), siendo frágil la memoria humana, el hombre avanzó con “mecanismos para conservar la representación de los hechos que le interesan, de modo que puedan ser recordados o reconstruidos cuando se quiera” (p. 411). Parra Quijano (2011) lo definió como “[...] todo objeto susceptible de representar un hecho, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza” (p. 496), al “representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento” (p. 497), sin interesar de qué material esté hecho.

Así que, el CGP presume la autenticidad del documento cuando se aporta bajo las exigencias del Artículo 244⁴². Se pretende que los sujetos aporten los originales de la prueba

⁴² Presunción de autenticidad que aplica tanto para documentos públicos, como para los mensajes de datos (CGP, art. 103), excepto el poder para actuar.

documental; si no los tienen, aun cuando las copias posean valor probatorio, deberán advertir donde se encuentra dicho original, tal cual lo exige el Artículo 245 *ib*. Existen ciertos casos en donde la norma pide el original, como por ejemplo el título valor en un proceso ejecutivo (CGP, art. 246). Adicionalmente, los documentos declarativos emanados de terceros se apreciarán sin ratificación, salvo que el contrario exija dicha confirmación (CGP, art. 262). Finalmente, la prueba documental se contradice a través de cualquiera de las figuras contenidas en la siguiente tabla, atendiendo a lo regulado en el CGP.

Tabla 2. *Formas de contradicción de la prueba documental.*

MECANISMO	NORMA DEL CGP	DESCRIPCIÓN SOBRE EL RESPONSABLE DEL <i>ONUS PROBANDI</i>
TACHA DE FALSEDAD DEL DOCUMENTO	Arts.269-271	La tacha corresponde a quien la alegue.
DESCONOCIMIENTO	Art. 272	Aplica en quien aportó el documento
RECONOCIMIENTO⁴³	Art. 185	Recae en la contraparte que puede desconocerla o tacharla
COTEJO⁴⁴	Art. 273	Corresponde a la contraparte que puede desconocerlo
EXHIBICIÓN⁴⁵	Arts. 185,265 y 268	Aplica a quien debe aportar el documento

Fuente: Construcción propia.

⁴³ Rojas Gómez (2012, p. 261) sostiene que no debe conservarse el reconocimiento, dado que “en el CGP la presunción de autenticidad se extiende a todos los documentos (art. 244)”. Sigue diciendo: “el reconocimiento espontáneo del documento privado, ante notario o ante autoridad pública, lo mismo que el reconocimiento provocado, goza de dos efectos prácticos nada despreciables: a) le imprime fecha cierta al documento para que a partir de allí no sea discutible su existencia, ni por las partes ni por terceros (art. 253), y b) confiere certeza sobre su carácter auténtico, de modo que reduce la probabilidad de que sea tachado de falso (art. 269) o desconocido (art. 272) en el proceso al que se allegue”. El otrora reconocimiento provocado sirve también, según el CGP, “para determinar su alcance y aclarar su contenido mediante la declaración de la persona a quien se le atribuye”.

⁴⁴ Cotejar los documentos es examinarlos y compararlos. La Corte Suprema de Justicia (2013, ID. 257068) señaló que no había problemas cuando el original y las copias se presumían auténticas; caso contrario se presentaba si se aportó copia simple o informal, por cuanto no podía darse esa misma presunción dado que incluso queda la posibilidad de su tacha de falsedad.

⁴⁵ También la Corte Suprema de Justicia (1995, Rad, 7232) habló de la exhibición de documentos, considerando que si se presentaban soportes “privados en original o reproducción mecánica [podía] pedir[se] su reconocimiento”, con un trámite y consecuencias diferentes a los de la exhibición. Con la exhibición se pretende la incorporación al proceso de los documentos en poder de la otra parte o de un tercero; de ahí que quien la pida deba afirmar que aquellos están en poder del llamado a exhibirlos, su clase y la relación que tenga con los hechos (CPC, art. 284).

2.2.2 Los medios probatorios frente a la carga dinámica de la prueba

2.2.2.1 Generalidades

Los medios probatorios que permiten evidenciar los hechos dentro de una causa no están taxativamente enunciados en el Artículo 165 del CGP. De ahí que se habla del derecho a la prueba dentro de la estructura axiomática del debido proceso con un procedimiento ordenado por normas adjetivas y por principios y garantías constitucionales (CGP, art. 14). Por consiguiente, las garantías del debido proceso y del derecho a la prueba tienen sustento legal (CGP, art. 164) por su alusión al principio de la necesidad de una prueba conforme a derecho, el cual debe respaldar las decisiones judiciales⁴⁶, según Taruffo (2002, p. 525, citado por Peña Ayazo, 2008, p. 11):

La prueba es un instrumento que tienen a su disposición las partes y el juez para determinar en el proceso si se pueden considerar verdaderos los enunciados relativos a los hechos relevantes, a partir de considerar [sic] que es posible lograr un aproximación (razonablemente aceptable) a la realidad de los hechos, y además que, en el sentido más estricto, una decisión puede ser justa, de manera integral, si se apoya en la determinación de la verdad correspondiente a los hechos.

Asimismo, el derecho a la prueba se ha sustentado jurisprudencialmente en el ámbito de los derechos fundamentales desde antes de la expedición del CGP. La Corte Suprema de Justicia (7901, 2005) lo concibió desde la Norma Superior y en conexidad con los fines del

⁴⁶ Se refiere a los autos interlocutorios y las sentencias, por cuanto los autos de trámite, cuya finalidad es impulsar el proceso, no requieren criterio de valoración probatoria judicial.

proceso:

Al fin y al cabo, de antiguo se sabe que el juez debe sentenciar conforme a lo alegado y probado (*iuxta allegata et probata iudex iudicare debet*), razón por la cual, quienes concurren a su estrado deben gozar de la sacrosanta prerrogativa a probar los supuestos de hecho del derecho que reclaman, la que debe materializarse en términos reales y no simplemente formales, lo cual implica en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del Juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley, u oficiosamente el juez, se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia.

Por supuesto que, los intervinientes en un proceso judicial deben ser actores protagónicos frente al ejercicio probatorio, en fianza del derecho de defensa y del principio de contradicción, con un juez que fiscaliza el acervo probatorio en punto a su conducencia, pertinencia, licitud y utilidad, so pena de rechazar las pruebas mediante providencia objeto de recurso de apelación (CGP, art. 321). Ello incluye su práctica bajo las ritualidades propias de cada medio para facilitar su valoración judicial según las exigencias del Artículo 176 del CGP, es decir, conforme a las reglas de la sana crítica. Sin perjuicio de los recursos y/o

nulidades procesales para remediar yerros si hubiese vulneración.

Surgen algunas preguntas: ¿A quién le corresponde probar los hechos? ¿Quién está interesado en el esclarecimiento de los mismos? ¿Quién está en posibilidad de hacerlo? ¿Qué consecuencias deriva la imposibilidad de probar los hechos relevantes? ¿Cuáles serían las causas de la imposibilidad de probar los hechos que se disputan en el proceso? Para absolverlas, se presenta a continuación una revisión doctrinal sobre iniciativa probatoria desde los modelos dispositivo, inquisitivo y mixto.

2.2.2.2 *Iniciativa probatoria de acuerdo a diversos sistemas procesales*

En primer lugar, existe un modelo dispositivo donde se determina que las partes son las únicas responsables de reconstruir los episodios, atendiendo a que la discusión en litigio corresponde a intereses particulares. Por consiguiente, aquellas tienen la iniciativa probatoria y no se concibe que el operador judicial actúe a *motu proprio* ordenando las no requeridas de parte o admitiendo las que aportaron pero no invocaron, así como tampoco disponiendo la práctica de las no solicitadas de manera adecuada o admita las que se invocaron sin sujetarse a las formas de ley (Rojas Gómez, 2015b, pp. 199-200). Iniciativa que les exige una actuación contundente, so pena de padecer las resultas de una sentencia adversa a sus beneficios. Es entonces un modelo que rechaza el impulso probatorio judicial, al percibirlo como desplazamiento de la titularidad de las partes.

Un segundo modelo es el inquisitivo, que acepta la iniciativa probatoria de las partes solicitando y aportando evidencias y acoge la contingencia de que el juez intervenga activamente en este ámbito, porque no siempre aquellas tienen la facilidad de acceder a la

información o pruebas que les ayude a hallar la verdad real. Lo sustenta Rojas Gómez (2015b) cuando entiende que ellas podrían “encarar importantes limitaciones de información a la hora de invocar los elementos de prueba o de solicitar la práctica de diligencias de investigación” (p. 201), siendo favorable para actuar en justicia que el funcionario-desde su intuición- pretenda indagar sobre aspectos que las partes no previeron por imposibilidad. Este sistema ha sido censurado por el temor a la parcialidad, pudiendo el juez, dicen sus detractores, ordenar pruebas que sólo favorecerían a uno de los extremos del proceso (*cf.* Velloso, 2005, citado por Rojas Gómez, 2015b, p.202).

En síntesis, son posturas doctrinales confrontadas frente a la prueba de oficio -peligro de prejuzgamiento versus necesidad para hallar la verdad y defender los intereses generales-. Sin embargo, la intervención judicial para ordenar una prueba está sujeta a criterios objetivos, independientemente del riesgo de que alguna de las partes salga afectada, dado que su intención es actuar en justicia.

En tercer lugar está el sistema mixto (dispositivos e inquisitivo) aplicable al régimen procesal civil colombiano. Se considera que el juez debe hacer uso de sus poderes en la dirección del proceso, pero con unas partes como actores protagónicos para que se reconozca su derecho alegado. Dijo la Corte Suprema de Justicia (7273, 2004) que aunque jueces y partes deben querer que se cumpla con los fines del Estado, son éstas quienes tienen mayor interés en las resultas del proceso para que se resuelvan sus pretensiones y/o excepciones. Criterio compartido por Rojas Gómez (2015): “La actitud de los sujetos que participan en el proceso también suele mostrar preocupación por el esclarecimiento de los hechos con el propósito de que el fallo que haya de emitirse se soporte en la realidad” (p.195).

Se enfatiza que la regla general determina el peso de la prueba en cabeza de las partes (CGP, art. 167, inc.1º), sin omitir el deber judicial frente al decreto oficioso de pruebas (CGP, arts. 169 -170). Siendo una facultad y un deber procesal desde el momento en que se decreta la prueba hasta antes de dictar sentencia, si se entiende el alcance del numeral 4º del Artículo 42 *ib.*, donde se lee que al funcionario judicial le corresponde: “Emplear los poderes que este código concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”. Un deber-poder constitucional que no considera “lícito que el juez desprecie la posibilidad de reconstruir los hechos como realmente sucedieron, so pretexto de que las partes han omitido invocar o aportar las pruebas necesarias para ello”, cuando aquel “tenga información que le permita ordenar pruebas que faciliten la aproximación a la realidad que interesa al proceso”, por cuanto su gestión debe direccionarse “en aras de la prevalencia del derecho sustancial” (Rojas Gómez, 2015b, p. 205).

Cabe señalar que las partes de una causa deben obrar con diligencia en la etapa probatoria; incluso si quisieron obtener la prueba mediante derecho de petición pero no la recibieron, deben allegar prueba siquiera sumaria del agotamiento de este mecanismo constitucional, para que el juez oficie a los destinatarios con el fin de que las aporten al proceso. Son conductas enmarcadas en el principio de comunidad de la prueba, porque los medios probatorios no son de las partes sino del proceso, debiendo ellas obrar con lealtad y buena fe, so pena de sufrir consecuencias adversas. Lo dijo la Corte Suprema de Justicia (7901, 2005):

Resulta, pues, incontestable, que los comportamientos evasivos de los litigantes, aquellos que directa o indirectamente entraban la recolección de tales pruebas, las estratagemas o expedientes empleados por uno de ellos para frustrar el derecho a la

prueba de su contendiente –cabalmente entendido- y, en general, las conductas asumidas con el propósito de truncar la pesquisa jurídico judicial, constituyen posturas que la Constitución y la ley, por potísimas y granadas razones, no toleran de ninguna manera, en cuanto se entienden violatorias de los principios, valores y garantías ya señalados, y que, cuando se ven escoltadas de una actitud de algún modo pasiva del juzgador, acaso con un dejo de cierta tolerancia, pueden dar lugar a un vicio de actividad procesal, susceptible de provocar, se anticipa, la invalidación del proceso.

Obvio, también existe la cooperación de los jueces como un deber procesal, por cuanto, en palabras de la misma Corte Suprema de Justicia (*cf.* 7901, 2005) el proceso no debe dejarse a las “mayores o menores habilidades de los litigantes”, sino que exige una actividad responsable del operador judicial a fin de hacer efectivos los derechos en disputa, porque como la misma Constitución Política lo prevé, debe darse prioridad al derecho sustancial sobre el derecho adjetivo, sin que tal determinación rompa con su imparcialidad. De ahí, que al exigirse reciprocidad entre partes y jueces habrá repudio si en los particulares se observan actitudes poco colaborativas y sí por el contrario generadoras de obstáculos o dificultades para recaudar las pruebas que estarían en cabeza de las partes o las que se ordenen oficiosamente (*cf.* Corte Suprema de Justicia, 7273, 2004).

La exhortación para que los funcionarios judiciales cumplan con sus deberes dentro del proceso judicial, decretando pruebas de oficio si es necesario para realizar el derecho sustancial que se reclama, es una constante por parte de la Corte Suprema de Justicia, dado que serían una manera de “materializa[r] el derecho fundamental a la prueba como exigencia en la investigación judicial” sin que constituya prejuzgamiento o parcialidad. (Corte Suprema

de Justicia, 2014, Exp. 9493). Sin embargo, si el juez omitiere el decreto oficioso cuando la parte no cumple con su carga procesal de evidenciar los hechos que alega, no hay error de derecho porque aquel tiene cierto grado de discrecionalidad luego de considerar que hubo pasividad de demandante o demandado (Corte Suprema de Justicia, 2010, ID., 245414). Postura respetable aun cuando la Corte Constitucional (*cf.* T-605, 2015, referenciando otras providencias anteriores del mismo Alto Tribunal) consideró procedente la acción de tutela en contra de providencias dentro de procesos en los que no se decretó pruebas de oficio necesarias, sustentada en un defecto fáctico que tendría lugar si la decisión final tuvo un sustento probatorio inadecuado, irrazonable y arbitrario. De ahí que en esta decisión de tutela la Corte haya reconocido dos dimensiones del defecto fáctico: la negativa y la positiva. “La primera [...] cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o simplemente omite su valoración, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia demostrados clara y objetivamente”. Aun cuando también se configura al no decretar pruebas de oficio de manera injustificada. La segunda, cuando se valoran pruebas que se recaudaron en forma irregular o se determinan circunstancias sin que haya evidencia para respaldar la decisión tomada.

De manera que, la determinación judicial para decretar oficiosamente pruebas debe respaldarse en necesitar aclarar hechos oscuros, dado que el *onus probandi* en causas civiles está en cabeza de las partes. Diferente es cuando existe plena prueba, donde el juez aplicará la regla de la sana crítica (CGP, art. 176). De cualquier modo, la desigualdad que pueda existir entre los sujetos al momento de probar, porque no se tenga la información correspondiente o ésta esté bajo dominio de la contraparte, es cuando el juez ha de aplicar el

deber-poder ordenando la prueba (cf. Rojas Gómez, 2015b, pp.218-219). Circunstancias que hacen imposible aplicar la regla general de la estática del *onus probandi*, permitiéndose la inversión de la carga probatoria previa valoración de si da o no lugar a esa distribución de la obligación de probar para garantizar la igualdad *inter partes* consagrada en el Artículo 4° del CGP. Por ejemplo, cuando se alega como causal de terminación de un contrato de arrendamiento el no pago de los cánones, para el actor es menos fácil probar esta condición por “la calidad indefinida de la negación -no pago-, invirtiéndose el peso para que el arrendatario sea quien acredite los pagos “como requisito procesal para rendir sus descargos” (Corte Constitucional, T-162, 2005).

2.2.3 Visión jurisprudencial sobre la carga dinámica en medios probatorios

Atendiendo a las responsabilidades judiciales frente al decreto oficioso de pruebas o la distribución del *onus probandi* (CGP, arts. 42.4, 167, inc. 2°), es necesario considerar los criterios judiciales sobre la carga dinámica en cada medio probatorio legal, dado que ésta surge “como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en Argentina, y de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por PEYRANO” (Pérez Restrepo, 2011, p. 207). Porque el peso no se reduce a entender si se actúa como accionante o accionado sino que puede recaer “sobre aquella [parte] que se encuentre en mejores condiciones para producirla” (Peyrano, 2008, citado por Pérez Restrepo, *ib.*), implementando las reglas del *onus probandi* por la asimetría del obligado.

Precisamente, en Colombia la teoría de la carga dinámica prosperó por vía jurisprudencial antes de la Constitución de 1991, según pronunciamientos del Consejo de Estado enmarcados

dentro de la responsabilidad estatal por prestación de servicios médicos. Veredictos que en una primera etapa se sustentaron en la “falla probada en las obligaciones de medio”, pero que ulteriormente incluyeron la consideración de “responsabilidad por falla presunta” ante la “falta de diligencia y cuidado, por parte de los agentes de la administración”, con la consecuente falla del servicio (cf. Consejo de Estado, 12.548, 2000)⁴⁷. Este fue un referente del derecho administrativo que sirvió a futuro como base para algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia en sus Salas civil y Laboral, así como por la Corte Constitucional, sobre la nueva visión flexible de la carga.

En todo caso, se reafirma que el deber-poder del juez en materia probatoria en lo relacionado con la inversión de la carga, cumple el fin de garantizar los principios constitucionales de igualdad y equidad de las partes, solidaridad, prevalencia del derecho sustancial, providencias justas y buena fe, respaldado también en el nuevo Código General del Proceso (art. 167, inc. 2º), con los posibles eventos que determinan la condición de favorabilidad para acceder a la prueba, sin que éstas sean taxativas. Es entonces importante hacer una revisión de los criterios de valoración que la jurisprudencia ha determinado en algunas de las pruebas contenidas en el código adjetivo colombiano.

2.2.3.1 *Frente a la declaración de parte*

Al afirmar la Corte Constitucional que la declaración que realizan quienes alegan

⁴⁷ En esta providencia se mencionaron varios de sus fallos anteriores. Verbo y gracia: Sentencias 5902, 1990; 6897, 1992; y 12.165, 1999.

condición de desplazado forzado está revestida del principio de buena fe, pretende garantizar el respaldo estatal para quienes ostentan una calidad de vulnerabilidad y por ello se invierte la carga de la prueba en cabeza de las autoridades encargadas, para que sean éstas quienes demuestren la mala fe porque aquellos faltaron a la verdad (*cf.* T-441, 2012 y T-067, 2013), con aplicación de una de las condiciones legales del CGP: indefensión del reclamante.

Por ejemplo, frente al proceso de restitución de inmueble, en otrora sentencia de constitucionalidad del Artículo 424, Parágrafo 2º, numeral 2º, del CPC⁴⁸ se entendió como negación indefinida alegar la falta de pago, entendiendo la facilidad para el demandado de demostrar lo contrario y debiéndose invertir el *onus probandi* sobre éste, sin constituir violación a los principios constitucionales y legales; por el contrario, la carga en cabeza del arrendatario dará celeridad al proceso por ser quien puede aportar la evidencia. “La protección legal no puede extenderse de tal manera que haga nugatorio el legítimo derecho de obtener la restitución del inmueble ante el incumplimiento de la obligación de pagar los cánones que corresponde al arrendatario” (Corte Constitucional, C- 070, 1993).

De cualquier modo, aunque se establece que “Las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren prueba” (CGP. Art. 167, inc. 4º), éstas podrían demostrarse con inversión del *onus probandi* a cargo de la contraparte de quien afirme o niegue; dinámica que queda bajo criterio judicial, porque aquella regla no es absoluta ni se aplica en forma general.

⁴⁸ En esta norma del derogado código adjetivo colombiano se establecía como regla que en procesos de restitución de inmueble arrendado por falta de pago, al demandado sólo se le oiría luego de demostrar estar al día con los pagos de los cánones correspondientes a los tres últimos meses, o haber hecho las consignaciones del valor total a órdenes del juzgado o del arrendador.

Consideración respaldada en providencia de tutela de la Corte Constitucional⁴⁹, dado que el proceso de restitución debe sustentarse en la existencia del contrato de arrendamiento, de tal forma que si hay duda sobre la evidencia de tal circunstancia, no se pueden imponer pautas legales de manera inminente, sino que amerita estimar las cuestiones fácticas previamente, actuando con templanza y evitando vulnerar principios constitucionales (*cf.* T-162, 2005). Dado que la sub regla jurisprudencial de la no exigencia del pago o su acreditación al demandando para ser escuchado en el proceso, subsumiría la regla general que la norma contemplaba (*cf.* Corte Constitucional, T-118, 2012).

2.2.3.2 Frente a la confesión

En Sentencia 12 del 6 de agosto de 2010⁵⁰ la Superintendencia de Industria y Comercio abordó el tema de la confesión ficta dentro de un proceso por competencia desleal, porque el demandado no compareció de manera injustificada al interrogatorio de parte. Conducta considerada como confesión bajo *iuris tantum*, en admisión de la inversión de la carga y con igual valor probatorio que las confesiones reales, siempre que no haya prueba en contrario y que se prevean las exigencias para considerar válida la confesión (*cf. ib.*). A este propósito, la norma vigente también contempla como presunción legal ser ciertos los hechos

⁴⁹ La situación que originó la acción de tutela fue el hecho de que un juzgado negó oír en juicio al demandado por no consignar los cánones de arrendamiento ni demostrar su pago, muy a pesar de que declarara la inexistencia de contrato de arrendamiento y expresara existir sólo posesión, soportando su afirmación con denuncia penal.

⁵⁰ Acción instaurada por Orbitel S.A. E.S.P. contra la sociedad SIT S.A para determinar si la demandada prestó el servicio de TPBCLD sin contar con autorización para ello; así como para como comprobar si comercializó equipos que tenían como finalidad la realización de llamadas de larga distancia internacional cursándolas a través del denominado protocolo VoIP.

susceptibles de confesión, ante la no comparecencia del citado a un interrogatorio sobre preguntas escritas o no, siempre que éstas sean asertivas; si no tienen esta calidad, la inasistencia podrá tener el carácter de indicio grave en contra del ausente (CGP, art. 205).

Acaece entonces que, la Corte Constitucional determinó igualmente que si quien es citado a interrogatorio no asiste en forma injustificada, dará lugar a que se presuman ciertos los hechos susceptibles de confesión frente a las preguntas asertivas que se realicen en sobre cerrado, siempre y cuando reúnan los requisitos legales; con iguales efectos si se asiste a la diligencia pero se es renuente a contestar o da respuestas evasivas. Dilucidando que no se trata de una sanción sino del ejercicio de los poderes judiciales para valorar la conducta de las partes. No obstante, esta confesión ficta lleva implícita una presunción legal que admite prueba en contrario, invirtiendo la carga de la prueba a la contraparte (*cf.* T-513, 2011). Ciertamente es que esta posición jurisprudencial coincide con la de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como con otros fallos, como el de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil del 24 de junio de 1992 (citada en Corte Constitucional, C-622, 1998), donde se resalta que la confesión presunta invierte el peso de la prueba sobre quien no asistió a la diligencia del interrogatorio.

No obstante lo anterior, se conoce una decisión diferente de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, ID. 243022, 2012) en fallo de tutela, donde expresa que no procede la confesión presunta al no cumplirse con las ritualidades para su validez de la confesión⁵¹,

⁵¹ El juez de conocimiento no hizo constar en el acta los hechos que fueran susceptibles de confesión, tal cual lo exigía el inciso tercero del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil.

como lo es establecer en el acta de interrogatorio los hechos susceptibles de confesión. Por ende, una decisión fundamentada en una prueba ilícita “vulnera el derecho al debido proceso”, con un peso probatorio invertido porque quien faltó a la diligencia debe “desvirtuar el hecho presumido, pues de no hacerlo, los efectos de esa inferencia del legislador redundaría en su contra”. De tal forma que el operador judicial no podrá determinar una presunción adversa por cuanto incurre en vías de hecho.

2.2.3.3 *Frente al juramento estimatorio*

La razón de ser del juramento estimatorio desde su surgimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, es la de garantizar mayor transparencia al momento de reclamar perjuicios, mejoras, compensaciones y frutos, para evitar las exageraciones. La idea es que en el texto de la demanda se realice una estimación bajo la gravedad de juramento por quien conoce el valor de lo pretendido y por ende sobre él recae el *onus probandi*. No cabe duda que frente al juramento estimatorio es casi imposible invertir la carga de la prueba. Lo afirmó Tirado (2013), para quien “aún bajo la aplicación excepcional de la carga dinámica de la prueba, el peso probatorio seguiría estando en cabeza de la parte que pide el resarcimiento”, dado que ésta “tiene más facilidad para dar la prueba de los perjuicios, al haberlos padecido, debiendo, en consecuencia, conocerlos suficientemente” (p. 181). Obrar en contrario sería generar un perjuicio en detrimento del valor de la justicia.

Sin duda alguna, aun cuando con el juramento estimatorio se está probando la cuantía reclamada siempre que se dé a conocer al demandado, ésta puede ser objetada en el término del traslado sin que ello consista en inversión de la carga. Objeción “en sentido enervante de

las razones dadas por quien hizo la estimación, para darle seriedad a aquella”, por cuanto el demandado comprende que “los perjuicios y su cuantificación razonada no corresponden a la realidad de los hechos” (Tirado Hernández, 2015, p. 181). En consecuencia, la objeción exigiría aporte de otros medios de prueba en cabeza de quien realizó la estimación. Pero si no hay objeciones y el juez encuentra que lo exigido es injusto, ilegal o prevé otra situación irregular, debe ordenar pruebas oficiosas para valuar lo reclamado (CGP, art. 206).

Con todo, el juramento estimatorio no puede omitirse invocando falta de recursos, por cuanto para ello podrá alegarse amparo de pobreza para requerir apoyo técnico en la estimación de la reclamación económica. Lo cierto es que con el *onus probandi* en este medio de prueba no se vulnera la justicia; por el contrario, se pretende evitar exigencias “desproporcionadas o fraudulentas” y garantizar el respeto a la tutela judicial efectiva (Corte Constitucional, C-279, 2013)

2.2.3.4 *Frente al documento*

El precedente jurisprudencial en cuanto al *onus probandi* y la posibilidad de su inversión frente al medio de prueba del documento, ha sido adaptable. *Verbi gratia*, la entidad vigilante de la supremacía de la Constitución estableció que la regla general que indica la responsabilidad de adjuntar documentos probatorios a aquel quien hace su reclamación, es flexible bajo el principio de la carga dinámica de la prueba que determina tal peso frente a las situaciones fácticas que tenga posibilidad de evidenciar al estar en mejores condiciones

de probarlo (Corte Constitucional, T-198, 2015)⁵². Es decir, se reafirma el concepto de la distribución del *onus probandi* acorde con el grado de facilidad o dificultad para aportar el material probatorio. Alcance que el Consejo de Estado también ha hecho visible cuando censuró la no inversión del peso probatorio ante la imposibilidad de uno de los sujetos procesales de aportar documentos fundamentales para resolver la *litis*, al estar en poder de la contraparte y ésta no haberlos allegado a pesar de las acciones constitucionales previas para requerirlos. No inversión probatoria que vulnera el derecho fundamental al debido proceso y desconoce el criterio de la jurisprudencia sobre el *onus probandi* (*ib.*, 20.732, 2012).

2.2.3.5 *Frente al dictamen pericial*

Atendiendo a que la prueba pericial requiere conocimientos técnicos, científicos o artísticos especiales, la afirmación o negación de ciertos hechos por quienes desconocen o a quienes les es imposible demostrar por falta de experticia, requiere aplicar la teoría de la carga dinámica. Por ejemplo, quien demanda la negligencia médica está protegido por el principio de solidaridad del Artículo 95 de la Constitución Política, dado que serán los accionados los que deben comprobar su diligencia.

La aplicación jurisprudencial de la carga dinámica ha estado limitada a eventos de responsabilidad médica, falla en el servicio, falla presunta, entre otros casos especiales. Se

⁵² Este fue un fallo de revisión de tutela ante la negativa de una entidad pública en suministrar una certificación laboral con fines de reclamación de pensión, alegando que no se encontraron datos en sus archivos, muy a pesar de que la peticionaria adjuntó documentos probatorios. Incluso, citando la Sentencia T-116 de 1997, señaló que si una entidad no puede expedir tales certificaciones porque “sus archivos se perdieron o destruyeron, está obligada a certificar tal circunstancia a través de otros medios de prueba”.

advierte una decisión en la que reconoce que el moderno derecho procesal considera el peso de la prueba en la determinación de “quien tiene interés jurídico en que resulte demostrado un determinado hecho”, debiendo ser las entidades las primeras motivadas en demostrar que actuaron conforme a las leyes; razón por la cual ellas tendrán la carga de la prueba (Consejo de Estado, 5902, 1990). También la Corte Suprema de Justicia reconoce la inversión de las cargas procesales en casos de responsabilidad médica, estipulando que aun cuando es obligación del paciente probar la existencia del contrato y el daño con sus perjuicios, no hay reglas absolutas; podría el *onus probandi* permanecer inmodificable o aplicarse el dinamismo del peso probatorio en un marco de lealtad y colaboración, según las circunstancias de hecho (5507, 2001, citada en Corte Constitucional, T-733, 2013). Cabalmente en esta sentencia de revisión constitucional se le da al dictamen pericial, además de su condición de medio de prueba, el carácter de auxiliar al conocimiento judicial para decidir, dado su contenido específico; debiendo ser sometido a contradicción de las partes. Por consiguiente, habrá libertad para la apreciación del dictamen, pudiendo incluso apartarse del concepto del experto o negarle valor probatorio si no reúne las condiciones legales, siempre justificando su decisión. Sin perjuicio del derecho de las partes a “solicitar su adición, complementación u objetarlo por error grave con el propósito de brindarle al juzgador los elementos necesarios para una correcta valoración del mismo” (*ib.*).

2.2.3.6 *Frente al informe*

Bajo la orientación jurisprudencial de aceptarse la flexibilidad del *onus probandi* atendiendo a quien tenga mayor facilidad para demostrar, en vía de tutela el juez es más

exigente frente a los accionados a quienes podrá requerir para que presenten informes sobre los hechos narrados en demanda, como un ejercicio de inversión de la carga de la prueba. De tal forma que si las autoridades contra quienes se interpuso el amparo no rinden los informes compelidos por el juez en el plazo concedido, se tendrán por ciertos los hechos que se les atribuye y se resolverá de plano, a menos que se considere pertinente otra pesquisa (Decreto 2591, 1991, arts. 19,20). Significa que, aun con la existencia de una presunción de veracidad, la dudas sobre los hechos deben ser resueltas con pruebas oficiosas, además de la obligación del accionado de probar si tiene mejores condiciones para hacerlo (Corte Constitucional, T-423, 2011); por cuanto casi siempre quien demanda está en condición de vulnerabilidad y dificultad para alcanzar la prueba, contrario a quien posee la información y no la suministra, debiéndose invertir el *onus probandi* para amparar el derecho fundamental reclamado (Corte Constitucional, T-198, 2015).

Análogamente se ha subrayado sobre la excepción a la regla general de la estática de la carga de la prueba, cuando en vía de tutela le queda más fácil a la entidad probar mediante informe aquello que no puede evidenciar el actor. El juez debe proteger el derecho fundamental alegado en la demanda, exigiendo el informe necesario que aclare los planteamientos del tutelante, de tal forma que si no se allega habrán consecuencias procesales para el omiso (Consejo de Estado, 2002271, 2009).

2.2.3.7 Frente al indicio

Frente a la inversión del *onus probandi* cuando del indicio se trate, ha habido fallos en casación de reclamaciones laborales en los que se da preponderancia a la obligación del empleador de llevar el peso de la demostración que justifique la discriminación salarial en

situaciones de trabajo igual, si el empleado aportó los indicios generales que aseguran trato salarial diferente. De ahí que, debe invertirse la carga de la prueba en cabeza del empleador por tener mejores circunstancias para demostrar las razones de la diferencia en cuanto a las condiciones laborales, como un ejemplo de aplicación del peso dinámico de la prueba (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 44317, 2014).

2.2.3.8 *Inferencia de la carga dinámica frente a los medios probatorios*

Se puede afirmar entonces que, la jurisprudencia aplica la teoría de la carga dinámica en su relación con los medios probatorios según el grado de complejidad de éstos, al igual que sucede con la valoración judicial. El operador judicial tendrá en cuenta aspectos tales como: la buena fe en las declaraciones de víctimas de desplazamiento, con la condición de que si se duda de ellas es el Estado quien debe demostrarlo y no el declarante; la situación de acceso fácil a los medios de prueba por uno de los extremos de la relación jurídica procesal; el estado de vulnerabilidad del accionante; entre otras situaciones impactantes para proteger la tutela judicial efectiva (Corte Constitucional, T-076, 2013; T-279, 2013 y T-733, 2013).

2.2.4 Reflexiones doctrinales

Como colofón, los medios probatorios contenidos en el Artículo 165 del CGP facilitan la tutela judicial efectiva en Colombia como columna vertebral de las actuaciones procesales desde la fase petitoria, obrándose en el marco del respeto por los derechos fundamentales, con alusión al Artículo 1º del texto constitucional que establece ser Colombia un Estado Social de Derecho en el que se respeta la dignidad humana; así como el Artículo 2º de la

misma Norma Superior en el que se incluye dentro de los fines esenciales del Estado la garantía de “la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, al igual que el “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Disposiciones éstas en conexidad con los Artículos 13, 29 y 229 de la misma Constitución, que protegen el derecho a la igualdad, el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

La exigencia del debido proceso contenida en disposición constitucional, comprende el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas, al igual que considera nulas de pleno derecho aquellas que desconozcan las formas legales. Es decir, una prueba será ilícita cuando se “obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, haya sido para lograr la fuente de prueba o para lograr el medio probatorio”. Por ende, “su proscripción es emanación de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables” (Parra Quijano, 2011, p. 20).

El Artículo 173 del CGP exige que la apreciación de las pruebas se realizará sobre las solicitadas, practicadas o incorporadas en forma legal. Por ello, primero se resuelve sobre su requerimiento y aporte, absteniéndose de ordenar aquellas que hubieran podido ser exigidas vía derecho de petición por el interesado, salvo que habiendo agotado tal opción no se le haya dado respuesta. Es decir, cada uno de los extremos del proceso ejerce su derecho de solicitar o aportar pruebas en cualquiera de las oportunidades legales. De este modo, se puede afirmar la existencia del derecho a la prueba inmerso en el derecho a la defensa y a su vez en el debido proceso. Rojas Gómez (2015b) define el derecho a la prueba como aquella “potestad del justiciable de solicitar las pruebas que puedan militar a favor, y de obtener que se

practiquen, se incorporen, y se valoren a la hora de dirimir el respectivo pleito” (p. 173), participando en su práctica y controversia.

La única prueba existente en la fase petitoria es la documental, dado que las demás solicitadas no existen hasta que se materialicen. *Verbi gratia*, el testigo se convierte en tal cuando asiste a la audiencia a rendir su declaración; por lo tanto, si muriese, se mudase o desapareciese, se convertiría en una prueba inverosímil, siendo indefectible acceder a otras herramientas procesales y/o probatorias para demostrar el hecho⁵³. Por consiguiente, es preciso comprender que en cada sumario se seleccionan los hechos que interesan entre los que puedan ser motivo de prueba, dado que algunos no lo requieren, “por gozar de presunciones de derecho o legales, o por existir acuerdo, o por su notoriedad o la imposibilidad de probarse” (Devis Echandía, 2012a, p. 136). Consideración que se complementa con el concepto de carga dinámica de la prueba.

Asimismo, la fiscalización que hace el juez sobre las pruebas solicitadas y aportadas en la etapa petitoria, se centra en observar si son conducentes, pertinentes, útiles y lícitas; de no ser así, procede su rechazo (CGP, art. 168), a pesar de su poder para decretar pruebas de oficio hasta antes de dictar sentencia (CGP, arts. 169 y 170). Esta relación partes - juez frente a la obligación de tener en cuenta la iniciativa probatoria de los contradictorios, respeta la facultad de “rechazar las pruebas ilícitas, inconducentes, notoriamente impertinentes o manifiestamente superfluas o inútiles” (Rojas Gómez, 2015b, p. 179).

En la etapa instructiva se realiza el debate sobre el acervo probatorio. Momento para

⁵³ Un ejemplo de herramienta procesal de apoyo sería la reforma de la demanda a efectos de aportar nuevas pruebas.

materializar las pruebas requeridas, previa ritualidad legal de cada medio para obrar conforme a derecho. López Blanco (2008) advirtió que dicha práctica es “uno de los elementos centrales en materia del derecho probatorio [...] bien sea por solicitud de parte, cuando el juez decide decretarlas de manera oficiosa o incluso, si la práctica de ellas la efectuaron por las partes” (p. 77). A la postre, viene la valoración probatoria bajo las directrices orientadoras al juez para estimar el acervo, sea desde el sistema de tarifa legal o de la libre apreciación que ha de tener el fallador. Imperando en la legislación colombiana la libre apreciación de acuerdo a la sana crítica, que “faculta al juez para que razonadamente haga una evaluación del material probatorio de manera amplia y llegue mediante adecuados razonamientos a la conclusión respectiva, sin estar sujeto a tarifa preestablecida alguna” (López Blanco, 2008, p. 63).

El primer inciso del Artículo 176 del Código General del Proceso indica que la valoración de las pruebas ha de hacerse en conjunto, “de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos” (negrilla y subraya fuera de texto). Igualmente el inciso primero del Artículo 280 *ib.* ordena que “La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, [...]” (negrilla y subraya fuera de texto). Por consiguiente, resolver el proceso a través de una sentencia exige centrarse en el conjunto de pruebas allegadas regular y oportunamente y practicadas con respeto a las formalidades, para resolver de acuerdo a la sana crítica.

De esta manera, en este capítulo se analizó la teoría de la carga dinámica de la prueba frente a cada uno de los medios probatorios incluidos en el código adjetivo colombiano, para

comprender la distribución de la misma en las actuaciones procesales a partir de sus requisitos intrínsecos y extrínsecos. Medios que permiten el ejercicio del derecho a la prueba, desde su respaldo constitucional como elemento de la estructura del debido proceso contenido en el Artículo 29 Superior. Un análisis que permitió comprender la trascendencia jurídica y social de la iniciativa probatoria, en particular dentro del modelo procesal civil colombiano, cuya naturaleza mixta permite combinar rasgos del sistema procesal dispositivo y del inquisitivo, porque, bajo lo normado en los Artículos 1757 del Código Civil Colombiano y 167.1 del CGP, la iniciativa probatoria radica en cabeza de las partes, sin perjuicio de que el Juez emplee su poder oficioso para encontrar la verdad, decretando las pruebas necesarias.

Pudiéndose adicionar también que, la inversión del *onus probandi* dentro del Estado Social de Derecho corresponde a la aplicación del principio de solidaridad entre las partes (Const. Art. 95) y al ejercicio del deber judicial de actuar frente a las asimetrías entre partes (CGP, art. 4º), mitigando las cargas procesales cuando se detecte dificultad de probar, a través del desplazamiento de la prueba a quien le quede más fácil hacerlo. Este criterio frente a la distribución o no de la carga, radica en cabeza del juez. Entonces, los medios probatorios incidirán en tal inversión, dado que existen algunos permisivos para su distribución, mientras que otros son más complejos.

2.3 Capítulo 3. Transformación del *onus probandi* a partir de la teoría de la carga dinámica

La comprensión de la transformación del *onus probandi* desde la teoría de la carga dinámica exigió hacer una revisión de los mecanismos de defensa del derecho a la prueba como garantía constitucional y legal, dadas sus consecuencias en el proceso oral y por audiencias. Asimismo, el cambio de perspectiva de la carga de la prueba al pasar del estatismo al dinamismo, exigió revisar los criterios de valoración judicial, con posición crítica y reflexiva, frente a esa presencia de un nuevo juez responsable de dirigir los litigios y tener los fundamentos para actuar de oficio y distribuir la carga siempre que requiera equilibrar a las partes, en respeto a la igualdad real. Por ello, como se leerá en este capítulo, se revisaron procesos civiles en particular a fin de detectar los yerros y vislumbrar las soluciones que eviten la vulneración del derecho a la prueba y por ende al debido proceso.

2.3.1 Mecanismos de defensa del derecho a la prueba

El derecho a la prueba constituye una garantía legal dentro del proceso judicial o extrajudicial, con origen constitucional en el Artículo 29 de la Carta Política, así como un amparo de protección desde el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por consiguiente, este derecho tiene mecanismos para su defensa, con amparo “por medio de la impugnación y las nulidades procesales; y si los medios intraprocesales no resultan eficaces o suficientes, puede resguardarse por medio de la "acción de tutela" (Rojas Gómez, 2015, p. 190).

2.3.1.1 *Los recursos*

Los recursos son por naturaleza los mecanismos de mayor uso dentro de los procesos judiciales y en particular en la salvaguardia del derecho a la prueba. Rojas Gómez (2013a, citado por Rojas Gómez, 2015b, p. 190) afirma que suelen ser éstos los utilizados cuando se menoscaba el derecho a la prueba mediante providencias interlocutorias que niegan la admisión o práctica de pruebas, o decisiones de fondo al evadir valorar una prueba, dejar de sustentar el por qué se le atribuye cierto mérito o darle una consideración irracional”⁵⁴. Dos medios de impugnación ordinarios serán los que se estudien en este documento: el recurso de reposición y el recurso de apelación.

2.3.1.1.1 *Recurso de reposición.*

La reposición como medio de impugnación procede contra los autos de trámite o de sustanciación- excepto frente a aquellas que taxativamente el legislador restrinja⁵⁵, siempre que se presente dentro de la oportunidad legal, se invoque por el legitimado y se sustente debidamente (CGP, art. 318, inc. 3º). Su propósito es el nuevo estudio del asunto en discusión por quien decidió, para “que reconozca el desacierto y, consecuentemente, proceda a revocar o modificar el pronunciamiento [...]”; aunque aceptar y corregir los errores depende del “grado de disposición del funcionario judicial”, porque si busca ocultar sus desaciertos, “la

⁵⁴ Sin embargo, sigue diciendo Rojas Gómez (2015b, *Ut supra*), que si se trata de violación del derecho a la prueba por abstención judicial, no daría lugar a impugnación por falta de providencia. Ejemplo: “si se rehúsa de facto la práctica de una prueba ordenada o se impide la debida contradicción, el restablecimiento del derecho a la prueba exige anular la actuación procesal indebidamente adelantada”.

⁵⁵ Por ejemplo el auto que decide el recurso de apelación, de súplica o de queja (CGP, art. 318).

utilidad del recurso de reposición será escasa” (Rojas Gómez, 2013a, p. 338).

Se resalta que, cuando se resuelve el recurso de reposición puede estarse revocando una providencia judicial o sosteniéndose la decisión inicial. En este último caso, es necesario saber si ésta es susceptible o no del recurso de apelación⁵⁶; de ser lo primero, se aconseja invocar la reposición y en subsidio la apelación, a efecto de que sea valorado por el juez de segunda instancia. En caso de no admitir la apelación, se debe acudir a otros mecanismos de defensa al ser procedentes.

2.3.1.1.2 Recurso de apelación.

“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión” (CGP, art. 320, inc. 1º). Medio de impugnación que procede contra las sentencia de primera instancia (salvo las en equidad) y los autos interlocutorios taxativamente señalados por el legislador (CGP, art. 321), entre ellos la negatoria del decreto o práctica de pruebas. Igualmente, se puede acceder a este recurso si hay rechazo de plano de “las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles” (CGP, art. 168). De otra parte, la apelación de las sentencias permite que dentro de su trámite se solicite la práctica de pruebas e incluso se decreten de oficio por el funcionario judicial, en siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.

⁵⁶ *Verbi gratia*, frente al auto que niega el decreto o práctica de prueba, de conformidad con el Artículo 322 del CGP.

2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.
 3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.
 4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.
 5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.
- [...] (CGP, art. 327).

2.3.1.2 Nulidades

Rojas Gómez (2015b) rescata que aun cuando no en todos los casos hay lugar a impugnación, debe examinarse si hay causal para nulidades. Por ejemplo, “si se rehúsa de facto la práctica de una prueba ordenada o se impide la debida contradicción, el restablecimiento del derecho a la prueba exige anular la actuación procesal indebidamente adelantada” (p. 190), como causal de nulidad (CGP, art. 133.5), al no existir providencia para impugnar. Dicha causal de nulidad del Artículo 133.5 *ib.* se complementa con decisión de la Corte Suprema de Justicia del 28 de junio de 2005. La nulidad procede:

[no sólo frente a] los casos de cercenamiento de los términos y oportunidades para pedir o practicar pruebas, [...], lo mismo que los eventos en que el Juez, pese a decretar una prueba oficiosa o una dispuesta por la misma ley, omite fijar la fecha necesaria para su realización, o se abstiene de comunicarla en debida forma a las partes –[...]–, sino

también aquellos otros casos en que, frente a un medio probatorio que el legislador ordena practicar, una de las partes obstruye, impide, dificulta, retarda o entorpece su recaudo, sin que el juzgador, frente a esa irregularidad, correlativamente adopte las medidas necesarias en orden a remover los respectivos obstáculos (Subraya fuera de texto).

Consideraciones anteriores que buscan salvaguardar los derechos de las partes en la *litis*, frente a actuaciones del juez que les impide ejercer el debido proceso, al obstaculizar el decreto y/o práctica de pruebas; además dentro de las novedades del Código General del proceso está la protección a esa práctica frente a pruebas necesarias, las cuales no pueden ser omitidas por las partes ni por el Juez. Por ello, es indispensable decretarlas y practicarlas so pena de nulidad procesal; caso en el cual, el afectado puede acudir a la nulidad como mecanismo de defensa. El operador judicial no puede negar la práctica de pruebas establecidas por ley, dado que su discrecionalidad sólo aplica en las oficiosas. “Se requiere que en un precepto legal y en forma imperativa, deba ser practicada una prueba, que naturalmente de manera previa tuvo que ser decretada (Forero Silva, 2014, p. 160)⁵⁷.

Es así como la nulidad en materia probatoria se prevé cuando se afectan el debido proceso, los principios y reglas constitucionales así como la tutela judicial efectiva. Precisamente, el Artículo 14 del CGP tomó el inciso quinto del Artículo 29 de la Constitución Política: “Es

⁵⁷ El autor menciona algunos ejemplos donde el CGP determina pruebas específicas, como: 1) La inspección judicial en procesos de pertenencia (Art. 375.9); de servidumbre (Art. 376); de deslinde y amojonamiento (Art. 403); 2) La prueba de ADN en los procesos de investigación o impugnación de la paternidad o de la maternidad (Art. 386); o la prueba pericial cuando un documento aportado al proceso es tachado de falso (Art. 270).

nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”, en atención al alcance de la prueba para hallar la verdad de los hechos como sustento de las decisiones judiciales y con respeto a la ley (Canosa Suárez, 2013). Pruebas reguladas en el CGP -Sección Tercera-, cuyo trámite en un proceso civil se lleva a cabo bajo sus Artículos 174 y 173.

No obstante, como bajo las normas adjetivas la nulidad es excepcional, al juez le asiste la responsabilidad de ejercer el control de legalidad (CGP, art. 132) en consonancia con Artículo 372.8 *ib.*, donde se regla la audiencia inicial y en particular ese control que pretende “asegurar la sentencia de fondo y sanear los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso [...]”. Potestad judicial para salvaguardar los derechos de los administrados dictando una sentencia de fondo. Así, se evitarán aquellas prácticas en las que las partes no alegaban, aun conociéndolas, irregularidades procesales que más adelante indicarían a su favor; mañas percibidas como actitud desleal.

2.3.1.3 *La acción de tutela*

Aseverando que el derecho a la prueba es fundamental, debe agotarse la petición de ésta ante quien la tenga antes de solicitarla al juez, so pena de rechazo por incorporación como prueba irregular e ilegalmente requerida (CGP, arts. 78, 114 y 173). Es así que, una vez admitida mediante providencia judicial, debe practicarse y valorarse al amparo de la regla de la sana crítica. Por consiguiente, si aquel derecho fundamental se vulnera, procede la acción de tutela al no existir otro medio para exhortar para lograr su protección (*cf.* Corte Constitucional, C-543, 1992). Por cuanto las razones subjetivas que se hallen detrás de la actuación del funcionario judicial son una vía de hecho tutelable, dado que el servidor público

tiene límites a su discrecionalidad y no puede incurrir en arbitrariedades, “so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad” (Corte Constitucional, T-079,1993). A tal punto que aquellos deban cumplir con el control de legalidad para no vulnerar el derecho a la prueba.

También, la tutela procede por omisión en el decreto de pruebas de oficio cuando sea imprescindible para fallar acorde a la realidad. Por ello es que las controversias dentro de la teoría del proceso se relacionan con “(i) la posibilidad -teórica o práctica- de alcanzar la verdad en el ámbito del proceso judicial; y (ii) la relevancia o necesidad de la prueba en el marco de los fines del proceso” (Corte Constitucional, T-264, 2009). Siendo importante vislumbrar el avance jurisprudencial en este ámbito, al cambiar la expresión “vías de hecho” por la de “causales genéricas [y específicas] de procedibilidad”, con especificidad de los eventos que la admiten en perspectiva de proteger la constitucionalidad de la actividad jurisdiccional.

Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y

(vi) violación directa de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia T-949, 2003).

Requisitos también señalados en decisión C-590 de 2005, diferenciando los generales de los específicos, además de expresar “la necesidad de armonizar la procedencia de la acción de tutela contra ese tipo de pronunciamientos con [los] principios constitucionales” de autonomía, seguridad jurídica y cosa juzgada, procediendo sólo ante la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los coasociados. Dentro de las condiciones generales se encuentran: (1) Importancia constitucional de los asuntos alegados; (2) Haberse agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa; (3) Inmediatez en su ejercicio, en cuanto al término “razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración”; (4) Irregularidad procesal que afecta derechos fundamentales de quien ejerce la acción; (5) Identificación de hechos vulneradores y de los derechos perjudicados siempre que, siendo posible, lo hubiera hecho dentro del proceso judicial; (6) Inaplicabilidad contra sentencias de tutela. Asimismo, los requisitos específicos son: (1) Defecto orgánico, porque quien profirió la providencia no tenía competencia; (2) Defecto procedimental absoluto, porque el juez actuó por fuera del procedimiento legal; (3) Defecto fáctico, por falta de apoyo probatorio para aplicar el supuesto legal en el que se basó su fallo; (4) Defecto material o sustantivo, al resolver con base en “normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”; (5) Error inducido, por el engaño a que haya sido víctima el juez; (6) Decisión sin motivación; (7) Desconocimiento del precedente jurisprudencial sobre alcances del derecho fundamental; y (7) “Violación directa de la Constitución” (Corte Constitucional, C-590, 2005).

A este propósito, las autoridades judiciales no pueden vulnerar el derecho fundamental al

debido proceso y a la tutela judicial efectiva, al desconocer la corresponsabilidad probatoria con las partes procesales. Razón que sustenta los criterios de procedibilidad del amparo contra sus fallos, al permitir que los jueces de tutela se adentren en el contenido de la decisión objeto de esta acción constitucional (Corte Constitucional, SU-768, 2014). Ese avance de la viabilidad de esta acción en cuanto a las pruebas se refiere, se evidencia en la causal específica del “defecto fáctico” por la falencia en el sustento probatorio al fallar, obligando al decisor constitucional a que valore si hubo violación al derecho a la prueba dentro de los parámetros establecidos por la Corte Constitucional. Defecto que se puede invocar si la sentencia afectó el acervo probatorio por: su no apreciación; su valoración inadecuada; la omisión en el decreto de las pruebas necesarias para decidir en derecho y justicia; o el haberse proferido el fallo con soporte en pruebas irregularmente obtenidas.

En aquellos eventos en los cuales se omite decretar pruebas necesarias para tomar una decisión en derecho y justicia, cuando no se aprecia el acervo probatorio, se valora inadecuadamente o se profieren fallos fundamentados en pruebas irregularmente obtenidas. La jurisprudencia ha reconocido, a partir del principio constitucional de autonomía e independencia judicial, el amplio margen que tienen los jueces al momento de efectuar la valoración de las pruebas aportadas al proceso conforme a las reglas de la sana crítica; no obstante, también ha advertido que tal poder comporta un límite ya que no puede ser ejercido de manera arbitraria, en tanto puede lesionar derechos fundamentales (Corte Constitucional, T-267, 2013).

Doctrina jurisprudencial planteada antes, al sostener que el defecto fáctico se observa cuando no se hizo valoración del acervo probatorio o ésta fue defectuosa; cuando se omitió

el decreto de pruebas necesarias para la defensa del interés en causa; o cuando se está valorando una prueba ilícita (Corte Constitucional, T-1065, 2006). Defecto que tiene dos dimensiones: positiva y negativa. La primera, cuando la autoridad aprecia las pruebas que no debió admitir por su indebido recaudo, consideradas “pruebas ilegales” al estar en “contravía de las formas propias de cada juicio”, o “pruebas inconstitucionales” al transgredir las normas constitucionales por su inclusión “en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales”. La segunda, cuando el operador judicial niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su estudio y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. También cuando no hay una apreciación seria de las pruebas o deja de estimarlas e “ignora sin razones suficientes elementos probatorios cruciales o, simplemente, efectúa un análisis ostensiblemente deficiente e inexacto respecto del contenido fáctico del elemento probatorio” (Corte Constitucional, T-233, 2007).

Como inferencia, se confirma el carácter fundamental del derecho a la prueba que exige su respeto por quienes integran las ramas del poder público.

2.3.2 Criterios de valoración judicial de la carga dinámica de la prueba en el Estado Social de Derecho

2.3.2.1 *Análisis normativo y doctrinal*

El estudio de los criterios de valoración judicial de la carga dinámica de la prueba requiere revisar la naturaleza dual del *onus probandi*. Por un lado, la exigencia *inter partes* de probar

los supuestos de hecho de los cánones que consagran el efecto jurídico que persiguen; por el otro, la responsabilidad judicial para distribuir el peso probatorio de oficio o a petición de parte (CGP, art. 167), con su deber de aplicar las reglas de juicio en la valoración del acervo. En tal sentido: (1) No se dicta sentencia sino con plena prueba debatida en proceso (CGP, art. 280); (2) Ante la ausencia de pruebas dentro del juicio, quien debía probar asume las consecuencias de la regla general (CGP, art. 167, inc. 1º). Sumando lo anterior, la oficiosidad de decretar pruebas ya no es una facultad sino un deber (CGP, art. 180), también siendo objeto de controversia.

Es así como, la carga dinámica de la prueba regulada en el inciso 2º del Artículo 167 *ib.* da lugar a preguntar: ¿Cuándo uno de los extremos se encuentra en situación más favorable para aportar las evidencias en ese ejercicio judicial de la inversión? Interrogante necesario porque los criterios de valoración legales no son taxativos, permitiendo que el operador pueda distribuir el peso en situaciones similares a las descritas en ese inciso. Aun cuando tal dinamismo probatorio se resguarda en la posibilidad de que se interponga recurso de reposición (CGP, art. 318)⁵⁸ a favor de quien se sienta afectado, con garantía del derecho de defensa y de contradicción de las partes. Asimismo, se percibe el criterio voluntario del juez para establecer el término dentro del cual se debe aportar el material probatorio solicitado en aplicación del inciso 3º del Artículo 167 *ib.*, concordante con el Artículo 117 *ib.* que le permite al funcionario estimar ese término acorde con las condiciones e incluso prorrogarlo

⁵⁸ El auto que resuelve la inversión de la carga no se encuentra dentro de las decisiones que admiten apelación, según el Artículo 321 del CGP.

si lo considera justificado.

Por consiguiente, con la Constitución Política de 1991 en Colombia hubo un cambio de perspectiva del *onus probandi* a partir de la implementación de la teoría de la carga dinámica. El juez deja de ser un mero espectador y se convierte en director del proceso, debiendo decretar pruebas de oficio y distribuir el peso cuando las circunstancias lo exijan, siempre en función de garantizar la tutela judicial efectiva (CGP, arts. 169,170).

Lo que el precepto persigue es que allí donde las circunstancias concretas pongan en evidencia que una de las partes se encuentra en dificultad mayúscula para demostrar alguno de los hechos que le interesan, mientras la otra goza de facilidad para desvirtuarlo o para demostrar el hecho contrario, el juez redistribuya la carga para conminar a la última a realizar esa contribución probatoria en desarrollo del principio de solidaridad contemplado en el artículo 95.7 constitucional (Rojas Gómez, 2012, p. 251).

En definitiva, siendo Colombia un Estado Social de Derecho ha provocado cambios trascendentales en materia probatoria, incorporando en su código adjetivo las garantías constitucionales de los procesos judiciales. “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho” (CGP, art. 164). Aun cuando no puede tomarse de manera general el texto “Toda decisión judicial”, porque los autos de trámite no exigen motivación ni fundamento probatorio. Por ello, si la prueba se logró por acción extraprocesal o procesal en forma ilícita con afectación de los derechos fundamentales, se debe aplicar el Artículo 168 *ib.* rechazando de plano aquellas (Rojas Gómez, *ib.* p. 248).

Indiscutiblemente, el cambio de la condición de carga estática a carga procesal dinámica, en garantía de los derechos constitucionales de los extremos de la relación jurídica, se evidencia con un juez que busca la verdad a través de los medios probatorios y de las herramientas procesales que den primacía al derecho sustancial, tal cual lo ordena la Constitución Política de Colombia y lo confirma el legislador:

Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales [...] (CGP, art. 11)

Es importante subrayar que, frente a la dinámica del *onus probandi* el juez debe ser acucioso cuando la aplique, ponderando principios, derechos y deberes de los sujetos procesales. Porque, aunque aquella fue incluida en la legislación colombiana frente a situación de asimetría entre las partes, puede considerarse error el que se obligue al director del proceso a realizar anticipadamente la distribución del peso si advierte tal desventaja; falla que se muestra como bondad al querer que el juez aplaque cualquier vacilación de las partes sobre sus responsabilidades para demostrar lo alegado. En efecto, las partes antes del juicio conocen los vacíos probatorios pero no así el juez, quien aplica el *onus probandi* al emitir el fallo pero se espera que se anticipe mediante auto sobre la distribución de aquella carga. Circunstancia que podría generar dos riesgos: (1) que la defensa se restrinja a acatar lo

dispuesto por el funcionario judicial y evitar que su contraparte haga lo propio; o (2) que se incurra en prejuzgamiento en una especie de adelanto del sentido del fallo, con cierta atadura a una decisión quizás desatinada que se reflejará en el fallo y con poca opción de que se acepte por el juez su error, pues frente a esta decisión solo procede el recurso de reposición.

De otra parte, cuando Rojas Gómez (2015b) explica la dinámica de la carga de la prueba bajo el régimen del nuevo código adjetivo colombiano, reprocha el que se acuda a ella por parte del juez durante el debate procesal, porque, dice este autor:

[...] antes de hacer el trabajo valorativo de todos los elementos de prueba recaudados ni siquiera sabe si habrá hechos huérfanos de prueba que sean relevantes para la decisión. De modo que anticipar algún pronunciamiento judicial en torno a la distribución de la carga de la prueba no sólo es difícil, sino también pernicioso, dado que con ello el juez atomiza el fragmento de realidad que se desea averiguar en el proceso y desalienta a las partes de contribuir a constatarlo, pues a partir de la precipitada decisión cada uno de los litigantes entiende que su carga se contrae a la tarea impuesta por la autoridad judicial, por lo que la estrategia de defensa tal vez se limite a cumplir la imposición del juez y evitar que el adversario logre hacer lo propio, actitud contraria al propósito del debate probatorio del proceso. Además parece inocultable que distribuir la carga de la prueba en concreto antes de la sentencia envuelve un prejuzgamiento que puede generar debates innecesarios antes de la decisión de fondo (p.226).

De ahí la trascendencia de que al invertirse la carga se sustente el respectivo auto bajo las circunstancias que se tuvieron en cuenta para hacerlo. Reiterando que no debe hacerse en

forma apresurada y sin una previa valoración de las pruebas recaudadas, para evitar oscuridad sobre cuáles son los hechos relevantes que carecen de prueba. Cualquier veredicto anticipado podrá atar al operador a una decisión prematura, que si es desacertada y éste se percata de su error, puede obstaculizar el curso normal del proceso, con una presunta dilación. Pero peor aún, si el juez se rehúsa a corregir su yerro en procesos de única instancia se quebrantará el derecho a la defensa del afectado (*cfr.* Rojas Gómez, *ib.*).

Retomando a Bermúdez Muñoz (Colegio de Abogados Rosaristas, 2015), éste censura la discrecionalidad que tiene el juez al invertir la carga en aquellos eventos que considere similares a los contenidos en el inciso 2° del Artículo 167 del CGP, por el peligro de incurrir en actos de imparcialidad. Por ende, sugiere que antes de procederse con una decisión de inversión, el responsable legal de aportar la prueba debería demostrar que intentó allegarla, que hizo un esfuerzo por cumplir, como una exigencia de lealtad procesal. También Acero Gallego (Coordinadora Jurídica, 2015) subraya que los criterios de distribución de la carga dinámica son los puntos críticos en la práctica judicial, porque podría sospecharse previamente sobre el sentido del fallo cuando el juzgador la decreta, con riesgo obvio de incurrir en prejuzgamiento. No niega el valor de la norma pero reconoce sus vacíos, como por ejemplo: (1) No aclarar si la restricción de ordenar la distribución llega hasta la segunda instancia, o sólo frente al *a quo*; (2) La norma no indica si también se aplicaría frente a los incidentes; (3) Nada dice la ley sobre qué sucede frente a quien se le asigne la responsabilidad de la prueba y no cumpla; caso éste en el que si se llegase a condenar a la parte por no demostrar el hecho, se estaría configurando una presunción en su contra cuyo origen no sería otro que una demanda judicial.

Rosenberg (2002) manifiesta que la decisión sobre la carga de la prueba debe hacerse al final del proceso y luego de “examinadas las circunstancias de hechos no discutidas, y después de la recepción de la prueba” (p.17), para que operador judicial tenga mayores criterios valorativos. Porque “siempre es posible que el juez se quede con dudas acerca de la realización de un presupuesto necesario para la aplicación del derecho y siempre hace falta una instrucción con respecto al modo de llegar, ello no obstante, a una sentencia sobre el fondo de la causa (*ib.*, p. 18).

En efecto, se comparte el criterio de que la carga dinámica de la prueba no tiene un problema conceptual sino práctico, en razón al peligro de aplicarla con insuficiencia probatoria por criterios objetivos diferentes a la buena fe. Incluso, según Parra Quijano (2011) en materia civil, si a pesar del decreto oficioso de las pruebas no se sale de la duda, debe hacerse uso del *onus probandi* con preguntas alrededor del responsable de probar y de las consecuencias de no hacerlo; a diferencia del área penal en donde la carga probatoria está en cabeza del Estado. Ello, porque el juez debe aplicar la regla estática ante la ausencia de evidencia y en ejercicio del principio de buena fe, dado que la carga dinámica es una excepción que sólo aplica en ciertas condiciones de desigualdad procesal. Sin embargo, como “[e]l derecho se ve siempre superado por la realidad y no es posible hacer caso omiso a estas circunstancias” (Aguilar & *et. al.*, 2014, p. 250), el criterio valorativo del juez, al decretar las pruebas o al impulsar el proceso desde sus potestades oficiosas, debe ser racional y no arbitrario porque sus decisiones requieren sustento jurídico. “Con esto no se quiere negar la importante revaloración de la labor del juez en el nuevo derecho probatorio, ni mucho menos oponerse a la posibilidad de decretar pruebas de oficio de manera tajante” (*ib.*, p. 253). Aun

cuando la doctrina reconoce que en cualquier momento se puede aplicar la carga dinámica, no es de buen recibo que así sea, dado que habiéndose exigido aportes de los extremos de la relación jurídica procesal y “el juez no logra llegar a un estado de certeza sobre los hechos, mal puede invertir en ese momento la regla de juicio” (*ib.* p. 258).

Definitivamente, la teoría de la carga dinámica de la prueba y sus criterios de valoración tienen alto interés en el derecho procesal de otros países⁵⁹, diferenciando carga de obligación y de deber; verla como un deber hace que se pueda exigir colaboración para con la contraparte y con el juez y así evitar pronunciamientos *non liquet*; siendo indispensable que el juzgador utilice las reglas de la carga al dictar sentencia y luego del debate probatorio, recordando su carácter excepcional. De otro lado, para las partes será “una regla de conducta, a la cual tienen el interés de ajustarse para no sufrir más adelante los perjuicios por no observarla” (Calvinho, 2013, párr. 24). En todo caso, “lo óptimo es que [esa regla] se encuentre determinada antes de la generación misma de los hechos, para que las partes actúen en consecuencia, [...] a fin de ejercer plenamente su derecho de defensa en juicio” (Calvinho, 2013, párr. 25). Consideraciones interesantes en razón a que el peso dinámico de la prueba es garantía de tutela judicial efectiva, debiendo los extremos conocer su responsabilidad probatoria. Con todo, el legislador debe:

[...] prever con la mayor exactitud las reglas sobre carga de la prueba a las que se

⁵⁹ La jurisprudencia argentina sostiene la “doctrina de la sorpresa procesal: al no estar en legislación, toma por sorpresa a los litigantes, causándoles un gravamen no previsto. Pero, “si un hecho afirmado necesitado de prueba no ha sido demostrado adecuadamente, el juez deberá manejarse con las reglas legales -la general y las especiales, según el caso- o considerar el régimen presuncional” (Calvinho, 2013). En Argentina no consideran que tenga cabida el dinamismo de la carga probatoria, dado que no se encuentra incorporado por el legislador.

atendrá el juzgador. Si, en cambio, una vez concluido el debate procesal, se le reconoce al juez el poder de decidir a discreción quién debió probar cierto hecho afirmado no probado o insuficientemente demostrado, en realidad se le está dando el poder de resolver el litigio arbitrariamente y a pesar del debate y del derecho de defensa de las partes (Calvinho, *ib.*, párr. 26).

Conviene señalar que la carga dinámica “fue planteada con la intención de aumentar los poderes de los jueces, con fuerte influencia del llamado principio de autoridad” (Calvinho, 2013, párr. 29). Imposición judicial sobre alguna de las partes para que pruebe un hecho afirmado por su contrario, pero con carácter excepcional.

2.3.2.2 *Postura jurisprudencial colombiana*

Particularmente, el Consejo de Estado ya había previsto las dificultades para definir cuál de las partes está en mejores condiciones de probar determinada *causa petendi*, por ejemplo, en asuntos relacionados con la actuación médica. Para ese cuerpo colegiado, el establecer estas responsabilidades en el decreto de práctica de pruebas y no en la sentencia, cuando aún se tiene información posiblemente insuficiente - la aportada en la demanda y en la contestación de la demanda -, deja en riesgo la vulneración del derecho a la defensa y a la contradicción. Eso sí, reconoce que quienes defienden esta teoría tienen la expectativa de que las partes obren con buena fe y aporten toda la información necesaria para que el proceso prospere eficientemente, como un ejercicio propio de la lealtad procesal (15.772, 2006). Señaló:

No es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas

las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal. Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica [...] (*ib.*).

Así que, la distribución de las cargas probatorias deberá ser realizada bajo la consideración de la mejor posibilidad que se tenga para aportar la respectiva prueba, siempre en función de garantizar los derechos y principios constitucionales y evitar la inseguridad jurídica. “Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, [...], en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas” (*ib.*).

Por su parte, cuando la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “podrá” contenida en el inciso 2º del Artículo 167 del CGP, consideró que la facultad legal otorgada al juez no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que responde a fines constitucionales tales como:

[...] ejercer los derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento

de la administración de justicia, contribuir al esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso judicial, asegurar la prevalencia del derecho sustancial y velar por la vigencia de un orden justo (C-086, 2016).

Si bien es cierto el derogado Código de Procedimiento Civil sólo establecía la clásica carga estática de la prueba, sustentada en el aforismo latín *Da mihi factum, ego tibi ius* [Dame los hechos y te daré el derecho], hubo sendos pronunciamientos jurisprudenciales - Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional- que hicieron concordante la aplicación de las normas adjetivas con los principios y valores constitucionales. Cabe señalar que la Ley 1564 de 2012 (CGP), sustentándose en aquellas decisiones de las Altas Cortes, incorporó la teoría de la carga dinámica dentro del derecho a la prueba con carácter fundamental, sustentada en los principios de solidaridad, equidad, lealtad y buena fe procesal, para que el juez pueda desplazar “dicha carga según las particularidades de cada caso y las reglas de la experiencia, pero con la clara y expresa advertencia que la carga de la prueba mantendría su concepción clásica (*onus probandi*)”, dado que corresponde a la intención de “dilucidar la verdad, garantizar la primacía del derecho sustancial y resolver los litigios dentro de un término razonable (celeridad)”, sin perjuicio de aquellas excepciones como cuando se trata de hechos notorios, o cuando quien debe demostrar el hecho tiene dificultades para hacerlo “por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), técnicas (cuando se requiere conocimientos especializados), económicas (costo significativo) o incluso jurídicas (acceso restringido a la información), entre otras” (Corte Constitucional, C-086, 2016).

También, los diferentes eventos para aplicar la dinámica probatoria se analizan en cada

caso a fin de valorar lo concerniente por “la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables–” y así ponderar si hace o no la distribución de la carga al no ser obligación perenne. Pensarlo de otra manera “significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez”. Una obligación dinámica que pretende “procurar un prudente equilibrio⁶⁰ entre la función del juez en el Estado Social de Derecho y el cumplimiento de las cargas procesales que constitucionalmente corresponde asumir a las partes cuando ponen en marcha la administración de justicia” (Corte Constitucional, *ib.*).

No obstante lo anterior, la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado en su aclaración de voto de la sentencia en comento, quien comparte la constitucionalidad de término “podrá”⁶¹, se apartó de algunas consideraciones al afirmar que en ciertos casos⁶² esa dinámica debe ser la regla general y no la excepción. Allí se lee:

En el capítulo en el que se analiza la exequibilidad del aparte acusado se afirma que por regla general, aplica el principio del onus probandi, “[s]in embargo, este postulado no es absoluto por cuanto admite al menos dos excepciones que la misma ley

⁶⁰ La Corte Constitucional se refiere al equilibrio que debe existir entre los principios dispositivo e inquisitivo para lograr “la justa composición de un litigio”. Llegar a la norma aprobada que incluyó la carga dinámica de la prueba, requirió varios ajustes en el Congreso para poder encontrar la filosofía de la figura, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial de las Altas Cortes

⁶¹ Referido a la “distribución de la carga” incluida en el inciso segundo del Artículo 167 del CGP.

⁶² Por ejemplo, en los casos de responsabilidad médica o en ciertos asuntos laborales, tal cual lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia.

contempla, a saber (i) la carga dinámica de la prueba y (ii) los hechos notorios y las afirmaciones y negaciones indefinidas”.

No estoy de acuerdo con el aparte resaltado, pues considero que la flexibilización de la carga de la prueba y su distribución entre las partes, no es siempre una excepción. En efecto, estimo que la carga dinámica de la prueba es la regla para los casos en los que el juez valore que ésta debe aplicarse, es decir, aquellos en los que las partes están en una situación procesal desigual le impone la redistribución de estas cargas (Corte Constitucional, C-086, 2016, aclaración de voto).

La anterior orientación se fundamentó en decisiones de la Corte Suprema de Justicia que establecieron que las reglas probatorias no podían ser definitivas, dado que bajo “ese carácter dinámico de la carga de la prueba” se deben tener en cuenta ciertas características en cada asunto. Razones suficientes para no darle en forma genérica el carácter excepcional a la carga dinámica de la prueba, dado que a veces “los jueces se enfrentan a circunstancias en las que la desigualdad entre las partes del proceso exige que se distribuyan las cargas y en esos casos la inversión de la carga probatoria será la regla general aplicable” (*ib.*).

2.3.3 Yerrores judiciales frente a los criterios de valoración al invertir el *onus probandi*

En algunos fallos judiciales se han percibido inexactitudes en los criterios de valoración al invertir la carga de la prueba. Para evidenciarlo, se han estudiado algunas sentencias correspondientes a diferentes clases de procesos.

2.3.3.1 *Decisión dentro de un proceso ejecutivo*

Resolviéndose un amparo constitucional contra fallo judicial dentro de una causa ejecutiva⁶³, se reconoció que hubo vía de hecho pues el título valor desconocido estaba acorde con lo exigido en los Artículos 621 y 671 del Código de Comercio, con error por parte del *Ad quem* al exigir el aporte de instrucciones para diligenciar los espacios en blanco; si el demandado excepciona que el título no se llenó acorde con las instrucciones, era éste quien tendría la carga de la prueba. Incluso, el fallador de tutela calificó de “disparate” y de “arbitrariedad” la inversión de la carga de la prueba al desconocer facultades que el Código de Comercio le da al tenedor legítimo del título para llenar los espacios en blanco según lo indicado por el suscriptor y antes de ejercer el derecho incorporado; porque será al deudor a quien le incumbe probar el diligenciamiento adverso a lo acordado, siempre que formule excepciones de fondo. Circunstancia sustentada en principios elementales del derecho probatorio, cuando el demandado se defiende invocando “otros supuestos de hecho impositivos o extintivos del derecho reclamado por el demandante; [...] al ejercer este medio de defensa surge diáfano que el primero expone un hecho nuevo tendiente a extinguir o impedir los efectos jurídicos que persigue este último” (Corte Suprema de Justicia, 335919, 2009).

⁶³ El *Ad quem* revocó el numeral primero de una sentencia proferida en primera instancia, declarando probada la excepción del Numeral 4º, Artículo 784, del Código de Comercio frente a una letra de cambio, incurriendo en vía de hecho, por cuanto lo fundamentó en que el extremo pasivo no adjuntó carta de instrucciones ni probó las autorizaciones recibidas. Es decir, invierte la carga de la prueba, omite disposiciones legales y desconoce la prueba documental adjuntada y la aceptación de las obligaciones por parte del demandado, además de que éste no demostró las autorizaciones que alegó en su apelación haber sido violadas.

2.3.3.2 *Decisiones en procesos de pertenencia*

Frente al incumplimiento de una providencia judicial que ordenó su inscripción al haberse declarado la prescripción adquisitiva sobre un bien baldío surge una demanda de tutela contra la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva⁶⁴, decidida en sede de revisión por la Corte Constitucional (T-488, 2014), determinando que el juzgador que falló el proceso de pertenencia desconoció las reglas de la sana crítica y omitió practicar pruebas de oficio necesarias para establecer si el bien podía ser objeto de apropiación por particulares. Fue así como esta Corte ordenó revocar la decisión y compulsó copias para que se investigara disciplinariamente dado que el funcionario se opuso a pruebas allegadas y a disposiciones legales y jurisprudenciales sobre el asunto. Además, porque a pesar de la información recibida de parte de la Oficina de Instrumentos Públicos sobre la no existencia de una persona de derecho privado como titular del inmueble, dado que la demanda se interpuso contra personas indeterminadas, omitió dichos indicios “para pensar razonablemente que el predio en discusión podía tratarse de un bien baldío y en esa medida no susceptible de apropiación por prescripción”. Es decir, desconoce “la jurisprudencia pacífica y reiterada no solo de la Sala Plena de la Corte Constitucional, sino de las otras altas Corporaciones de justicia [...], en concordancia con lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley 160 de 1994”. Se trató entonces de “un defecto orgánico, en tanto este carecía, en forma absoluta, de competencia para conocer del asunto”. Por ende, al carecerse de competencia para fallar a favor del reclamante

⁶⁴ Oficina que se negó a inscribir dicha sentencia porque la Ley 1579 de 2012 determina que la propiedad de los terrenos baldíos adjudicables solo puede adquirirse mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del INCODER o por entidades públicas facultadas.

de la prescripción, incurre en desconocimiento del debido proceso (*ib.*)

Otra decisión errada en proceso de pertenencia mediante la cual se declaró la adquisición del derecho real de dominio sobre unos bienes inmuebles presuntamente baldíos, también fue objeto de acción tutela promovida por el INCODER y sustentada en la deficiente valoración probatoria ante la falta de antecedente registral y la no vinculación oficiosa de la entidad accionante, así como la negativa de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para inscribir la decisión judicial. El juez de tutela concedió el amparo por cuanto los bienes baldíos no están dispuestos para adjudicarse a través de procesos de pertenencia. Impugnado este último fallo, el Superior respalda la postura de la entidad accionante, sustentando que los bienes baldíos no se adquieren por prescripción adquisitiva, referenciando la decisión T-488 de 2014 comentada en el anterior párrafo; incluso, por tal error en derecho compulsó copias al competente para que se investigara al juez civil (Corte Suprema de Justicia, 16.320, 2015).

Sin embargo, esta última providencia tuvo salvamento voto, en el que se indican varias particularidades a resaltar: (1) No era la acción de tutela la vía correcta para amparar tal derecho, dada la existencia de medios ordinarios y extraordinarios dentro del proceso civil; (2) No debía tomarse como “doctrina probable” la decisión de la Corte Constitucional T-488 de 2014, dado que desconoce la “presunción de propiedad privada” de la Ley 200 de 1936, al concluir la no posibilidad de la adquisición del derecho de dominio por ausencia de titulares en el certificado de libertad y tradición; aspecto que en criterio del Magistrado es una mera prueba indiciaria que no puede ser razón para que ya se tengan los respectivos bienes como baldíos, ni que corresponda al actor del proceso de pertenencia llevar la carga

de la prueba que correspondería a las entidades públicas; (3) Se olvidaron posturas de la Corte Suprema de Justicia, así como “principios y [...] reglas sustanciales y probatorias históricamente diseñadas por el legislador colombiano para el acceso a la propiedad rural” legales, con consabido error en una inversión injustificada de “la carga de la prueba contra el particular para obligarlo a demostrar que el bien no es baldío, como pretende la sentencia cuestionada”; (4) Se critica a INCODER por falta de diligencia en el manejo de datos sobre los inmuebles baldíos en Colombia ; (5) Además, se omitió la responsabilidad del Estado de demostrar que los bienes no se están explotando económicamente como por un particular como señor y dueño, para que se pudiera alegar su condición de baldío (Corte Suprema de Justicia, 16.320, 2015, salvamento de voto).

Conviene señalar que hubo un cambio de postura a nivel de este Alto Tribunal al reexaminar los problemas jurídicos frente a fallos en procesos de pertenencia y la incidencia que tuvo la decisión de la Corte Constitucional en el 2014, cuando en Sala de Casación Civil resuelve una impugnación contra decisión dentro de la acción de tutela instaurada por INCODER en contra de un juzgado que falla a favor de los reclamantes de propiedad por prescripción adquisitiva, frente a un inmueble que carecía de antecedentes registrales y titulares inscritos. Aquí la Corte reconoce en el juzgador natural la facultad de valorar si el predio reviste o no la calidad de baldío, no pudiéndose limitar a esgrimir tal condición por el hecho de lo consignado en el certificado de instrumentos públicos y debiéndose atender a lo consagrado en los Artículos 1º y 2º de la Ley 200 de 1936⁶⁵, así como en el Artículo 675 del

⁶⁵ Normas que determina que se “[...] presume que no son baldíos, sino de propiedad privada”, los inmuebles rurales

Código Civil⁶⁶; por ello no concedió el amparo y censuró al INCODER por no agotar la vía ordinaria. No es admisible para este Alto Tribunal que se revierta el *onus probandi* con menoscabo para los accionados particulares y en favor del INCODER, entidad pública que está para velar por el control de los bienes baldíos y no para obrar contra los derechos de campesinos minifundistas (Corte Suprema de Justicia, 1776, 2916)⁶⁷. Es decir, es el Estado quien debe demostrar que el bien es baldío por ausencia de titulares en el registro y no considerarse este mero hecho como una evidencia definitiva.

Actualmente, el Código General del Proceso establece la necesidad de convocar a los juicios de declaración de pertenencia de bienes privados a varias entidades del sector público, entre ella al INCODER (CGP, art. 375.6).

2.3.3.3 *Decisiones en procesos de restitución de inmueble*

Si bien es cierto en el proceso de restitución de inmueble se invoca como causal de terminación del contrato de arrendamiento la falta de pago de los cánones, ante la dificultad del demandante de demostrar un hecho indefinido como es el “no pago”, se invierte la carga de la prueba para que el arrendatario desvirtúe la causal afirmada por el actor. Ello no desconoce el debido proceso y sí permitirá al accionado “hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas”; dado que es imposible aplicar la regla de que el actor debe probar los hechos que alega, para no hacer ilusorio al arrendador “el legítimo derecho

poseídos por particulares, si se explotan con fines económicos como lo hace un dueño con actividades agrícolas o pecuarias

⁶⁶ “Son bienes de la Unión las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”.

⁶⁷ El Magistrado ponente de este fallo fue el mismo que salvó su voto en el correspondiente 16.320 del 2015.

de obtener la restitución del inmueble ante el incumplimiento de la obligación de pagar los cánones que corresponde al arrendatario” (Corte Constitucional, C-070, 1993).

Incluso, el Artículo 424, parágrafo 2.3, del derogado Código de Procedimiento Civil, regulaba que para poder ser oído en juicio el arrendatario debía consignar a órdenes del juzgado el valor del arriendo que se causara durante el proceso. Exigencia que se consideró acorde con la Norma Superior porque las obligaciones que surgen del contrato de arrendamiento son ley para las partes, según el Artículo 1602 del Código Civil, conservándose hasta tanto no hubiese decisión judicial. Argumento contrario al sentir de la academia en cuanto a verse como dificultad para el arrendatario y violación de sus derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa y contradicción y a la igualdad de las partes. Pero la Corte se mantuvo en que asignar “cargas procesales, no implica negar a las partes el acceso a la administración de justicia” (Corte Constitucional, C-056, 1996). Sumado a lo anterior, en pronunciamiento sobre la constitucionalidad condicional de algunos apartes del Artículo 37 de la Ley 820 de 2003, se consideró exequible la exigencia de que el demandado deba evidenciar estar al día en el pago de los servicios públicos para poder ser oído en juicio, cuando se señale como causal para solicitar unilateralmente la terminación del contrato, el hecho de no cancelarlos y originar su desconexión o pérdida del servicio (Corte Constitucional, C-886, 2004). Por el contrario, se entendió como una carga excesiva exhortar al arrendatario la presentación de los documentos del pago de los servicios públicos dentro de los 30 días calendario siguientes a la fecha en que deberían sufragarse, con perjuicio a su derecho a la defensa como “notoria vaguedad e indeterminación en la delimitación del alcance de la carga procesal en comento”, y desconocimiento del principio de

proporcionalidad en la medida en que la carga de la prueba para el caso en comento busca “introducir equidad y justicia en las relaciones entre deudor y acreedor”. Motivos por los cuales declaró inexecutable la exigencia de temporalidad determinada (*ib.*).

Frente la inversión del *onus probandi* en cabeza del demandado cuando no existe contrato de arrendamiento sino otras obligaciones diferentes, la Corte Constitucional censuró en sede de revisión de una acción de tutela por vías de hecho en proceso civil, el no haberse oído en juicio a la demandada por no haber acreditado el pago de los cánones correspondientes, a pesar de que ésta excepcionó la no existencia de contrato de arrendamiento sino el acuerdo de pago de cuotas de alimento para una menor, a través del derecho a la posesión y habitación en el respectivo inmueble. El operador judicial desconoció el acervo probatorio que demostraba el compromiso de la compensación de alimentos, sin hacer llamamiento *Ex officio* para proteger los derechos constitucionales del menor, a pesar de su facultad legal al advertir colusión o fraude. Debió convocar a quienes pudieran resultar perjudicados para que hicieran valer sus derechos en cualquier etapa del proceso, sin que se tuviese que consignar valor alguno a órdenes del juzgado, como tampoco mostrar recibos de ninguna clase, porque primaba el derecho del menor y la intervención de la demandada era como representante legal de aquel. Además, debió informarse al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que un Defensor de Familia asumiera la protección del derecho del menor (Corte Constitucional, T-838, 2004).

Se alude otro proceso en el que tampoco se escuchó a la demandada por no haber consignado el valor de los cánones a órdenes del juzgado, a pesar de haberse excepcionado la posesión del inmueble con ánimo de señora y dueña durante diez años; la falta de

legitimación en la causa porque la actora no era propietaria; y el proceso penal en curso (certificado por la Fiscalía) por el presunto delito de falsedad en documento privado al haberse acreditado un contrato de arrendamiento, así como fraude procesal contra quienes declararon la existencia del contrato. En vía de revisión de tutela denegada en primera y segunda instancia, se desaprobó el hecho de que el fallador no aplicara la subregla de no hacer exigible el pago de canon por duda sobre si hay o no contrato de arrendamiento, cuyo objetivo es que se actúe en justicia y en equidad. Luego, si no se dan los supuestos fácticos de la norma, es un yerro conferir efectos jurídicos al demandante. Por ende, si hay “dudas con relación a la existencia del contrato de arrendamiento [...] debe permitírsele [al demandado] el ejercicio del derecho de defensa y la contradicción probatoria”. El no actuar conforme a esta subregla origina un defecto judicial fáctico con dos dimensiones: (1) Positiva, en cuanto a secundar el proceso de restitución en pruebas que no establecen como cierto la existencia del contrato de arrendamiento; (2) Negativa, al no decretar *Ex officio* pruebas solicitadas por quien se demanda, ni valorar el acervo existente, desde donde se pueda evidenciar la inexistencia del contrato y decidir conforme a derecho. (Corte Constitucional, T-118, 2012). De ahí que, una mala aplicación de la carga dinámica de la prueba lleva a vulnerar al derecho fundamental al debido proceso, dado que el juzgador puede apartarse de los casos en los que la norma establece su inversión siempre que prevea que existan fallas que afectan la administración de justicia y la tutela judicial efectiva.

2.3.4 Iniciativas para aplicar la carga dinámica de la prueba en perspectiva del Estado Social de Derecho

Como se ha evidenciado durante el desarrollo de este trabajo, la teoría de la carga dinámica de la prueba ha producido actuaciones ajustadas a los principios constitucionales vigentes, pero también las ha habido con interpretación errónea de la subregla dinámica. Resultados diversos originados en la amplitud valorativa sobre la posible inversión o no del *onus probandi*. Por ello, en aras de aportar elementos de juicio que permitan a los lectores vislumbrar posibles soluciones para evitar las falencias de los operadores judiciales que conllevan a vulnerar el derecho a la prueba y a actuar contrario a las pretensiones de un Estado Social de Derecho, se presentarán algunas propuestas relacionadas con los desaciertos identificados.

2.3.4.1 En cuanto a la discrecionalidad judicial

Como se explicó antes, el juez está facultado para que, según las particularidades del caso, de oficio o a petición de parte exija probar determinado hecho a quien se encuentre en situación más beneficiosa para esclarecer la *causa petendi* (CGP, art. 167, inc. 2º). Es cierto que el legislador determina algunas situaciones para establecer esta condición de favorabilidad, pero también lo es el hecho de que al no estar cerradas ante la expresión “entre otras circunstancias similares” (ib.), queda una libre apreciación para el juzgador bajo su criterio personal, que conlleva a la falta de uniformidad en la aplicación de la carga dinámica como sub regla de la carga de la prueba estática.

Se propone modificar el inciso segundo del Artículo 167 del CGP, en el sentido de

eliminar la expresión censurada que abre la opción a diversas circunstancias, dada esa amplitud desmedida en cuanto a cuáles podrían ser las situaciones análogas, habida cuenta de la permisión que actualmente se evidencia. Como dijo Bermúdez Muñoz (Colegio de Abogados Rosaristas, 2015): los sujetos procesales necesitan conocer las reglas con anticipación para tener mayor seguridad jurídica.

2.3.4.2 *En cuanto a la posibilidad procesal*

El momento procesal para la aplicación de la carga dinámica es “al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar” (CGP, art. 167, inc. 2º). Sin perjuicio de la nueva condición de ser un juez más activo, el hecho de que se le permita disponer la distribución probatoria en el decreto de prueba, cuando aún no se ha constatado si alguna de las partes está en posibilidad o no de probar un hecho que por ley le correspondería hacerlo y sin analizar las pruebas solicitadas, conlleva a la indebida inseguridad jurídica o posible pérdida de la imparcialidad, con presunto prejuizgamiento por parte del operador judicial y reducida opción de que acepte su error. Como en páginas anteriores se explicó y en el siguiente ítem se complementa, frente a esta decisión solo es procedente el recurso de reposición por cuanto la disposición legal señala que “Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra todos los autos que dicte el juez, [...]” (CGP, art. 318, inc. 1º) y en las causales de apelación de autos del Artículo 321 *ib.* no viene inmersa ésta.

Se plantea que, previa reforma legislativa, se exigiera por parte del juez a quien por ley debe probar, demostrar la imposibilidad de hacerlo para que así procediera el director de la

litis a ordenar la distribución. Una exigencia acompañada de la reducción del término procesal para ordenarse dicha inversión: limitarlo desde la práctica de la prueba y hasta antes de dictar sentencia, pero no desde el decreto de pruebas.

2.3.4.3 *De cara a los mecanismos de defensa de la prueba*

Es verdad que frente a la distribución de la carga de la prueba se puede interponer recurso (CGP, art. 167, inc.3º), entendiendo que es sólo el de reposición porque la taxatividad para apelar los autos judiciales es tal, que no se aprecia la opción en el caso de los que deciden la inversión probatoria (CGP, art. 321, inc. 2º, 1-10). Además de la consideración hecha antes en cuanto a la viabilidad legal de interponer el recurso de reposición frente a todos los autos que emita un juez (CGP, art. 318, inc. 1º). Ello conlleva el riesgo a restringir a las partes a la decisión del juez natural, sin viabilidad de que el *ad quem* pueda realizar estudio de fondo sobre el criterio de valoración aplicado. Se creería que queda el camino hacia nulidad como mecanismo de defensa (CGP, art. 133.5); sin embargo, como bajo las normas adjetivas la nulidad es excepcional, sería inaplicable frente a la inversión de la carga de la prueba por parte del operador judicial, quedando entonces sólo bajo protección del recurso de reposición y de la acción de tutela.

Se propone, entonces, incorporar en la norma adjetiva que los yerros en el criterio de valoración para determinar la distribución de la prueba, sea causal para acudir al recurso de apelación, ya en el Artículo 321 del CGP o de manera directa en el Artículo 167, inciso 2, *ib.* De la misma forma, debe preverse la acción de nulidad frente a estas circunstancias de equivocaciones judiciales frente a la decisión de aplicar la teoría dinámica de la prueba, con

inclusión de la causal en el Artículo 133 del CGP.

2.3.4.4 *Trámite incidental*

Otro aspecto que llama la atención es que no se hace referencia a la posibilidad de invertir la carga de la prueba en el trámite incidental. Como lo afirma Acero Gallego (Coordinadora Jurídica, 2015), en la práctica ese vacío normativo posibilitará que emerjan diversos criterios en punto a la posibilidad de realizar o no la distribución del *onus probandi* en las diligencias incidentales.

Así es como, se plantea la estipulación taxativa de esta posibilidad en las disposiciones generales del incidente, contempladas en el Título IV, Capítulo I, Artículos 127 a 131 del CGP o en el Artículo 167, inciso segundo, del mismo cuerpo normativo.

2.3.4.5 *Posibilidad de aplicar otros medios de prueba*

No se puede desconocer la posibilidad de aplicar otros medios probatorios como el indicio o las presunciones, ante la imposibilidad de probar por quien se encuentre en dificultad mayúscula de aportar la prueba. Ello en razón a algunos de los deberes procesales de los extremos de la litis: obrar con lealtad y buena fe en todas sus actuaciones judiciales (CGP, art. 78.1) y facilitar la práctica de las pruebas (CGP, art. 78.8). Si así no se actuare por las partes, acarrearía indicios o presunciones, sin perjuicio del poder correccional del juez de imponer multas a quien impida el buen desempeño del proceso judicial (CGP, art. 44), además de la calificación que el juez deberá hacer de tales conductas al proferir sentencia (CGP, art. 280, inc. 1°).

Aquí no habría una idea diferente de exigirse del juez un obrar conforme a la legislación vigente: “El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes” (CGP, art. 241).

2.3.4.6 *Posibilidad de apoyo en medios tecnológicos*

Una de las novedades a resaltar en el Código General del Proceso es la facilidad de que las partes asistan a las diligencias a través de medios virtuales, con el apoyo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) (art. 107, Par. 1, en concordancia con art. 103). La participación de los sujetos procesales a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, previa autorización judicial y mediando justificación, allana el camino para la realización de diligencias, incluyendo la práctica de pruebas, con alcance a aquellas que deban realizarse en el exterior (CGP, art. 182).

En efecto, dentro del proceso oral o por audiencias se requiere la inmediación judicial para el acervo probatorio, con interrogatorio obligatorio de parte en audiencia, cuya inasistencia genera consecuencias desfavorables, incluyendo las sanciones. Entonces, si se hace uso de las TIC y se permite la producción de pruebas, se atenúa la posibilidad de inversión de su carga, con ventaja para el juez que podrá practicarla y acceder a su convencimiento, contrario a los efectos cuando se comisiona. Además, la comisión está casi prohibida con las salvedades previstas en el Artículo 171 del CGP.

Es decir, la ventaja de la práctica personal de todas las pruebas o la mayoría de ellas, se evidencia y posibilita con el acceso a las TIC. Habría que identificar las condiciones en que se encuentran los juzgados en el país, para que estas normas no queden en letra muerta.

2.3.4.7 *Agotamiento del derecho de petición y otras garantías procesales*

En un proceso oral y por audiencias, donde existen garantías procesales para las partes y responsabilidades para el juzgador, con la colaboración de aquellas se podía atenuar la posibilidad de invertir la carga de la prueba, dado que deben agotar todos los medios procesales mínimos para justificar su imposibilidad probatoria. En tal sentido, el juez no ordenará la práctica de aquellas pruebas que se hubiesen requerido mediante el ejercicio del derecho de petición contenido en la Carta Política y regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a menos que la solicitud “no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente” (CGP, art. 173, inc. 2). Disposición conexas con el deber de las partes o sus apoderados de no solicitarle al funcionario judicial “la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiera podido conseguir” (CGP, art. 78.10), salvo que haya agotado la posibilidad de conseguirlos y no haya podido; caso en el cual podrá “Exigir a las autoridades o a los particulares la información que, no obstante haber sido solicitada por el interesado no le haya sido suministrada siempre que sea necesaria para los fines del proceso” (CGP, art. 43.5).

Igualmente, las partes tienen la posibilidad de exigir a la contraparte que al momento de contestar la demanda aporte documentos y demás pruebas que se encuentren en su poder (CGP, arts. 82.6 y 96.5), a fin de atenuar la posibilidad de invertirse el *onus probandi*.

2.3.4.8 *Posibilidad de suplir la carga dinámica de la prueba con la facultad oficiosa*

Complementario a lo ya expresado, se reitera que el decreto oficioso de las pruebas es un

deber judicial más que un poder, debiéndose cumplir hasta antes de dictar sentencia (CGP, arts. 169 y 170)⁶⁸, como garantía del derecho de defensa, de contradicción y del debido proceso de los extremos de la relación.

2.3.4.9 *Dificultad en el término de duración del proceso*

Atendiendo a que la legislación actual busca agilidad en la resolución de los conflictos, estableciendo un término para los procesos de primera o única instancia no superior a un año y de seis meses en segunda instancia (CGP, art. 121, inc. 1º), la distribución del *onus probandi* podría generar suspensión de audiencias para garantizar el debido proceso a quien se le asigne la carga, por el momento procesal en que puede ordenarse dicha inversión, afectando el término de duración del proceso. Situación que debió prever el legislador para evitar dilaciones o actuaciones contrarias a las garantías constitucionales de las partes y a la tutela jurídica efectiva.

Como corolario, se propone una modificación al inciso 2º del Artículo 167 del CGP, queriendo con ello obviar las taras analizadas y evitar perjuicios por falta de reglas claras para las partes y para el mismo operador judicial (ver siguiente tabla).

⁶⁸ Salvo la restricción legal para el caso del testimonio.

Tabla 3. *Iniciativa de modificación legislativa*

Actual Artículo 167, inciso 2º del CGP.	Propuesta Artículo 167, inciso 2º del CGP.
<p>No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga <u>al decretar las pruebas</u>, 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 aportarlas evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, <u>entre otras circunstancias similares</u>.</p> <p>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.</p> <p>Fuente: Construcción propia.</p>	<p>No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga 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 aportarlas evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.</p> <p>Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso de <u>apelación</u>, 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. <u>Decisión aplicable en los eventos previstos para el trámite incidental.</u></p>

La anterior iniciativa de modificación de la norma actual, en punto a la teoría de la carga dinámica de la prueba por sus limitaciones y alcances, pretende motivar mayor seguridad jurídica dentro del marco de los principios y derechos fundamentales contenidos en la Carta Política de 1991, superando la actual falta de similitud de criterios y los vacíos normativos, que hoy sólo conllevan a estar sujetos a la apreciación unilateral del juez.

3. Conclusiones

Entendiendo que el proceso judicial incluye una etapa instructiva, hay consciencia sobre la existencia de derechos, obligaciones y cargas procesales en cabeza de los extremos de la *litis*, ajustados a reglas y subreglas previstas en la legislación colombiana. Específicamente, existe la disposición general que determina la responsabilidad de probarse aquellos supuestos de hecho contenidos en las disposiciones que sustentan las reclamaciones de las partes (CGP, art. 167, inc. 1º), como regla estática imperante durante varias décadas, pero que la jurisprudencia colombiana fue flexibilizando a fin de evitar sentencias inhibitorias. Precedente jurisprudencial bajo el imperio de la Constitución de 1991, dados los nuevos criterios de Estado que dieron paso a uno Social de Derecho con primacía del interés social por encima del interés particular, para abrir paso al respeto por los principios fundamentales, como lo es el de la solidaridad, igualdad real, buena fe y lealtad procesal, exigiendo al juez dejar de ser un simple espectador para asumir con fortaleza sus discernimientos; un árbitro dinámico capaz de hacer funcionar su poderes de ordenación e instrucción; alguien que asume con entereza su facultad para decretar pruebas de oficio y aplicar la inmediación en la práctica probatoria. Es decir, el juez debe dirigir el proceso, velar por su rápida solución y hacer efectiva la igualdad real de las partes, con su poder de corrección e interpretación de la ley procesal, de tal manera que supla los vacíos siempre soportado en los principios constitucionales.

Ello supone el empoderamiento del funcionario judicial en garantía de la tutela judicial efectiva y los derechos de los ciudadanos, porque las actuaciones procesales deben estar

blindadas bajo el mega principio del debido proceso, con soporte constitucional y legal. Al fin y al cabo, la pretensión es lograr una recta y cumplida administración de justicia bajo principios que rigen tanto al proceso como al procedimiento, como función integradora del derecho procesal, inmersos en el Título Preliminar de las Disposiciones Generales del CGP, sin perjuicio de su inclusión en disposiciones legales posteriores. De ahí que pueda afirmarse como corolario, que el legislador transformó el proceso escritural a uno oral y por audiencias, para responder a las nuevas realidades sociales exigentes desde el Estado Social de Derecho contenido en la nueva Constitución. Contexto que exige evitar dilaciones injustificadas y garantizar la economía procesal; actuación de las partes con responsabilidad, transparencia y lealtad; presencia de los sujetos procesales en las audiencias; respeto por el principio de inmediación; facilidad y solidaridad en la práctica del acervo probatorio; aplicación del deber-facultad del juez frente al decreto *ex officio* de pruebas y la distribución del *onus probandi*; entre otros, para garantizar la pronta y cumplida administración de justicia. Podemos condensar lo dicho, en cuanto a que el operador judicial resuelve el equilibrio de las partes bajo las exigencias del Artículo 95 del CGP, para evitar decisiones antagónicas a los fines del Estado Social de Derecho.

Bajo ese giro del ordenamiento jurídico colombiano, la prueba está inmersa en el derecho fundamental al debido proceso contenido en la Carta Política (art. 29) y en el código adjetivo (arts. 14 y 164). Por ende, el esfuerzo hacia la verosimilitud en un Estado Social de Derecho va concordante con la necesidad de garantizar que los procesos sean justos, que la tutela jurídica sea efectiva y que se respeten los derechos a la prueba, a la igualdad, al debido proceso y a la contradicción, tal cual lo consideraron los Altos Tribunales como el Consejo

de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, al abrir paso a la carga dinámica de la prueba en consideración a la facilidad de probar o a la dificultad de hacerlo, por parte de los contradictores. Una circunstancia que permitió a la doctrina y a la jurisprudencia obrar conforme a la Constitución de 1991, dado que las otrora leyes sólo contenían la regla estática del *onus probandi*; pero fue la base para que el legislador facultara al juez para distribuir la carga al decretar las pruebas, desde la perspectiva de la favorabilidad para aportar las evidencias indispensables (CGP, art. 167, inc. 2º). Una transformación correspondiente con un Estado Social de Derecho, en donde la primacía a los principios constitucionales le dan una visión garantista vinculante, con protagonismo judicial al hacerse uso de la carga dinámica de la prueba, porque su responsabilidad es la de actuar en función de la argumentación bajo un credo principialístico.

En todo caso, la teoría de la carga dinámica de la prueba no ha sido pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, a pesar de coincidir en el hecho de que es una regla excepcional de inversión del *onus probandi*, prevalente para proteger el Estado Social de Derecho. En consecuencia del análisis a la teoría de la carga dinámica de la prueba en el Estado Social de Derecho colombiano, se confirma su incidencia por esa perspectiva principialística inmersa en el Código General del Proceso.

De otra parte, el legislador visionó un Código General del Proceso con cambios importantes para los extremos de la relación jurídica procesal frente al derecho a la prueba y otros derechos fundamentales, así como respecto a sus medios demostrativos, atendiendo a la filosofía de la etapa instructiva: corroborar los hechos que produzcan consecuencias jurídicas. Cánones legales que reafirman, como si dijo antes, los principios constitucionales

declarados por la jurisprudencia de las Altas Corporaciones, permitiendo otros matices a la iniciativa probatoria dentro del sistema procesal civil, cuya naturaleza mixta contiene reglas de conducta que inciden en las pautas para valorar los medios probatorios. De ahí que, aquella noción del estatismo probatorio da espacio al dinamismo, con la expectativa de roles activos para evitar que una inercia innecesaria genere consecuencias adversas; permitiéndose, por el contrario, la distribución del *onus probandi* en cualquier momento de la *litis* y antes del fallo, frente a circunstancias legales que, si bien es cierto no son taxativas, permiten determinar quién tiene mejor posición para evidenciar lo que se alega en el juicio. Claro está, sin perjuicio del derecho a contradecir que tienen las respectivas partes mediante la posibilidad de impugnar la inversión del peso probatorio decidido por el operador judicial. Sin embargo, la misma factibilidad frente al momento procesal para hacerlo, o la posibilidad de que situaciones similares a las descritas normativamente puedan tomarse como razón de ser para demostrar la situación asimétrica, son las que llamaron a las Cortes a determinar que el juez debe considerarlas bajo el principio de la buena fe y no como artimañas de las partes para omitir cumplir con sus responsabilidades.

Los autores consultados y los ponentes de las diferentes jurisprudencias revisadas, son incisivos sobre el hecho de que las pruebas deben obtenerse con respeto al debido proceso, pues al obrar en contrario da lugar a la “prueba ilícita” con las resultas que ello conlleva. Asimismo, soportados en disposiciones legales vigentes, exhortan para que el juez entienda que el decreto de las pruebas de oficio dejó de ser una facultad y se convirtió en un deber. Por ende, el dinamismo probatorio tiene su aplicación sobre los diferentes medios incluidos en el código adjetivo colombiano, comprendiendo que si hubiese carga excesiva para uno de

los extremos porque no tiene las condiciones para evidenciar los hechos, mientras su contrario posee cercanía a esas pruebas, podrían tenerse las *quaestio facti* como ciertas y trasladarse la responsabilidad de desvirtuarlas a la contraparte, sin que ello signifique que se ignore la regla general de que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (CGP, art. 167, inc. 1º).

Por ende, los medios probatorios normados en el código procesal vigente sólo difieren de los regulados en el anterior Código de Procedimiento Civil al extender dos adicionales: declaración de parte e informe. No obstante, como una novedad legislativa los jueces podrán practicar cualquier otro medio probatorio acorde a su prudente juicio y según la regla de la sana critica; eso sí dentro del marco de las garantías constitucionales y legales. Como estas herramientas sustentan la certeza del operador dentro del proceso, es trascendental su intermediación para realizar un examen exhaustivo y detallado del acervo, a efecto de lograr el convencimiento sobre lo fáctico debatido en *litis*. Razón que le atribuye *ex tunc* estimación trascendente, con mayor significado al ser la jurisdicción civil un sistema procesal mixto. En consecuencia, la carga de la prueba radica en las partes y en el Juez como el derecho constitucional a la prueba, localizado dentro de la estructura axiomática del debido proceso. Aquí surge el concepto de principio de comunidad de la prueba, desde el cual se afirma que los medios probatorios acercados al litigio no son de las partes sino del proceso, con primacía del principio de solidaridad procesal y la expectativa de que los extremos de la relación jurídica procesal obren de buena fe.

En cuanto a la particularidad de algunos medios de prueba y la inversión del *onus probandi*, sólo restaría afirmar que ésta es viable frente a los diferentes medios de prueba, tal

cual se explicó en el aparte correspondiente, salvo en el caso de la prueba testimonial que exige mención del testigo dentro de la actuación procesal.

En efecto, la carga de la prueba tuvo una transformación significativa como se ha venido enseñando a lo largo de este trabajo. Pasar de aquella concepción legal rígida de que quien alega los hechos que generan consecuencias jurídicas será el competente para probar, a la nueva perspectiva de flexibilidad en el peso probatorio, ha implicado que, al no existir pautas de valoración cerradas frente a la distribución de la carga, el juez tenga libre apreciación para determinar otras situaciones en las que deba invertir el peso, bajo el criterio de evitar decisiones *non liquet*, las cuales se constituyen en la antítesis de la función judicial. No obstante, la realidad en el antes y el después del Código General del Proceso frente a la aplicabilidad de la teoría de la carga dinámica, ha producido actuaciones judiciales correspondientes con el fin del Estado Social de Derecho, pero también otras que evidenciaron yerros del operador judicial en la interpretación de la sub regla dinámica, originados por esa amplitud valorativa sobre la posible inversión o no del *onus probandi*. Se precisa vislumbrar un juez activo que en efecto aplique el principio de inmediación en la práctica de las pruebas, así como que obre con consciencia al determinar la distribución de la carga, dado que al poderla realizar desde el decreto de pruebas cuando aún no ha constatado si alguna de las partes se encuentra en posibilidad de probar o no un hecho que por ley no le correspondería probar, puede incurrir en pifias que vulneren la tutela judicial efectiva.

Así que, el juez debe precisar o calificar con sumo cuidado esa asimetría de las partes para probar, para que mediante auto invierta la carga al exigir que quien tiene mejores condiciones frente a la prueba, desvirtúe lo alegado por la otra. Ejercicio que, se reitera, no puede

realizarse de manera imprudente, por cuanto podría desviar el fin del debate. Uno de los críticos a la posibilidad de que el juez se anticipe a redistribuir la carga de la prueba es Rojas Gómez (2015), cuya reflexión concuerda con la de la autora de este trabajo académico, porque esa facultad judicial no puede convertirse en una causa de traumatismo ni de decisiones afanosas o inicuas. Desafortunada es, para este doctrinante, la posibilidad de que se determine la inversión de la carga en cualquier momento del proceso, porque hay riesgos de conductas pasivas por la expectativa de que el otro probará y será el juez el responsable de hacer la susodicha distribución. Más gravoso aún, con esa amplitud para ponderar si opera la inversión del *onus probandi*. Del análisis realizado surge la consideración sobre la posibilidad de que se limitara legalmente el criterio de valoración, exigiéndose por lo menos un mínimo esfuerzo probatorio. Es decir, debería reglarse que sólo una vez se demuestre la imposibilidad de probar, se ordene la inversión. La idea, al proponer esta posibilidad, es darle mayor respaldo a la seguridad jurídica o evitar lecturas de imparcialidad, ciertas o ficticias, que sólo enmarañan el normal desarrollo del proceso.

Otra consecuencia de la transformación del *onus probandi* bajo el Estado Social de Derecho, es que aquella disposición legal que permite decretar pruebas *ex officio* tiene connotación de deber más que de poder, dado que sólo persigue garantizar el derecho de defensa, de contradicción y el debido proceso, sustentados éstos en la Carta Política de 1991. De esa manera, el criterio de valoración probatoria en punto a la inversión de la carga se compensa con el decreto oficioso de pruebas. Facultad-deber que sólo se restringe frente a la prueba testimonial, como arriba se dijera.

También cabe advertir la falta de claridad normativa en cuanto a que si esta inversión del

peso probatorio cobijaría la sentencia de segunda instancia e incluso el trámite incidental. En todo caso, no puede desconocerse que el juez cuenta con la posibilidad de aplicar ciertos medios probatorios, como el indicio o las presunciones, para actuar frente a las situaciones de imposibilidad probatoria por parte del inicialmente obligado.

Finalmente, se afirma que como el Código General del Proceso está inspirado en el trámite oral y por audiencias, proyectado para que su término de duración en primera instancia no supere el año y la segunda instancia dure no más de seis meses (CGP, art.121), la distribución de la carga de la prueba sin una orientación de eficiencia podría ser contraproducente para lograr la agilidad legal, por posibles suspensiones de audiencias en aras de garantizar el debido proceso frente al nuevo acervo probatorio que se allegue como resultado de la inversión. Pero, se insiste, invertir la carga antes de la etapa instructiva sería contraproducente por la insuficiente información en cabeza del juez.

Referencias

- Alvarado Velloso, A. (2010). Los problemas técnicos de la confirmación procesal. La incumbencia de la confirmación (o de la prueba) (quién debe confirmar). En *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, 1ª.ed. (pp. 33-56). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Aguilar, G.H., *et. al.* (2014). Imposturas intelectuales: la carga probatoria dinámica y su fuerza expansiva. *Revista Universitas. Estudiantes*, 11, 233-263. [Versión PDF]. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Balanta Medina, M.P. (2013) Justicia material en términos de flexibilidad probatoria. En *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*, 40. 1098-1122. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/43maria-patricia-balanta-m.pdf> [Consulta: 2 febrero 2015].
- Calvinho, G. (4 de febrero de 2013). Cargas probatorias dinámicas: exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso civil. [Entrada de blog]. Recuperado de <http://gustavocalvinho.blogspot.com.co/2013/02/cargas-probatorias-dinamicas-exotismo-y.html>
- Canosa Suárez, U. (2012). Código General del Proceso. Aspectos probatorios. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 33-61. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/09/derechoprocesalfinal.pdf> [Consulta: 20 octubre 2015].

Canosa Suárez, U. (2013). *La prueba en procesos orales civiles y de familia. CGP – Ley 1564 de 2012. Decreto 1736 de 2012.* [Versión PDF]. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Colegio de Abogados Rosaristas (6 de mayo de 2015). Et Carga probatoria dinámica en el Código General del Proceso Dr. Martín Bermúdez Muñoz. [Archivo de vídeo]. Recuperado de <https://youtu.be/X39X8rPqPk4> [Consulta: 13 diciembre 2016].

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. (24 de octubre de 1990) *Sentencia 5902*. Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. (Ref. 231529). Recurrente: Instituto de Seguros Sociales.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. (15 de junio de 2000) *Sentencia 12.548*. Recurso de apelación contra sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Risaralda. (Ref. 252686). Recurrente: Hospital Universitario San Jorge de Pereira. [CP. María Helena Giraldo Gómez].

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera (31 de agosto de 2006) *Sentencia 15.772*. Recurso de apelación contra sentencia del Tribunal Administrativo de Santander. (Ref. 68001-23-31-000-2000-09610-01). Actora: María Olga Sepúlveda Ramírez. [CP. Ruth Stella Correa Palacio].

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección quinta. (10 de diciembre de 2009) *Auto 05001-23-31-000-2009-01273-01*. Impugnación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que denegó una tutela. (Ref.

- 2002271). Actor: Ofelia Arelis Gómez Duque. [CP. María Nohemí Hernández Pinzón].
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (26 de julio de 2012) *Sentencia 20.732*. Recurso de apelación interpuesto contra sentencia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Descongestión, Sede Medellín. (Rad. 2021060). Actor: Amparo Jaramillo Castro y otros [CP. Stella Conto Díaz del Castillo].
- Colombia. Corte Constitucional, Sala segunda de revisión. (3 de junio de 1992) *Sentencia T-402*. Acción de tutela contra directivos de la escuela oficial "Diego de Ospina No.2" de la ciudad de Neiva. (Ref. T-503). Actor: Leonte Correa Tovar, en representación de sus hijos menores Francisco Javier y Henry Correa Cubillos. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional, Sala segunda de revisión (23 de septiembre de 1992). *Sentencia T-532*. Acción de tutela contra el Embajador de la Republica de Colombia en Estados Unidos de América. (Ref. T-3007). Actor: Prudencio Tolosa Suárez en representación del señor Jorge Enrique Tolosa y como agente oficioso de la señora María Clemencia Leiva. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (1 de octubre de 1992) *Sentencia C-543 y su salvamento de voto*. Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991. (Rad. D-056 y D-092 - acumulados). Actores: Luis Eduardo Mariño Ochoa y Álvaro Palacios Sánchez. [MP José Gregorio Hernández Galindo] [Magistrados salvaron voto Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero]

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (25 de febrero de 1993) *Sentencia C-070*.

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 2° del parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil. (Ref. D-134). Actor: Jorge Enrique Benavides López. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Colombia. Corte Constitucional, Sala segunda de revisión. (26 de febrero de 1993). *Sentencia T-079*.

Acción de tutela contra Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional San Andrés y Providencia. (Ref. T-5942). Actora: Claudia Patricia Rojas. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (30 de noviembre de 1995) *Sentencia C-566*.

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 8 (parcial) del artículo 89 y el numeral 6 (parcial) del artículo 99 de la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. (Ref. D-823). Actor: Margarita Mena de Quevedo. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (15 de febrero de 1996) *Sentencia C-056*.

Demanda de inconstitucionalidad del numeral 3, parágrafo segundo, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1o., numeral 227, del decreto 2282 de 1989. , frente al demandado Numeral 3, parágrafo segundo, del Artículo 424 del Código de Procedimiento Civil. (Ref. D-1020). Actores: Dora Lucy Arias Giraldo y Jaime Jurado Alvarán. [MP. Jorge Arango Mejía].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (27 de noviembre de 1997) *Sentencia C-616*,

1997. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 166, 167 y 172 (todos parcialmente) del Decreto 100 de 1980; 27, 46, 266, 279, 282, 285, 287, 288, 292, 295,

316, 393, 432 (todos parcialmente) del Decreto 2700 de 1991; 94 (parcial) de la Ley 136 de 1994; 524, 528 y 529 (todos parcialmente) del Decreto 2550 de 1988; 71 y 129 (todos parcialmente) de la Ley 200 de 1995; 37 (parcial) del Decreto 2591 de 1991, y 47, 55, 75, 78, 80, 92, 101, 133, 161, 192, 202, 208, 211, 212(total), 222, 223, 227, 228, 236, 243, 273, 274, 298, 299, 315, 318, 320, 338, 417, 418, 446, 476, 495, 513, 514, 570, 592, 600, 620, 659 y 681 (todos parcialmente) del Código de Procedimiento Civil. (Ref. D-1639). Actor: José Filadelfo Mercado Álvarez. [MP. Vladimiro Naranjo Álvarez].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (6 de noviembre de 1998) *Sentencia C-622*. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 202 (parcial), 210 (parcial), 217, 242 (parcial) y 246 (parcial) del Código de Procedimiento Civil. (Ref. D.2046). Actor: Jaime Enrique Lozano. [MP. Fabio Morón Díaz].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (2 de diciembre de 1998) *Sentencia SU-747*. Acción de tutela contra el Registrador del Estado Civil de Santiago, en el departamento de Putumayo. (Ref. T-152455). Actores: Jorge Eliecer Raza y otros. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Colombia. Corte Constitucional, Sala sexta de revisión. (14 de diciembre de 2000) *Sentencia T-1750*. Acción de tutela contra particulares denegada en primera y segunda instancia. (Ref. T-358339). Actor: Guillermo Ángel Trillos. [MP. Alejandro Martínez Caballero].

Colombia. Corte Constitucional, Sala sexta de revisión. (26 de marzo de 2001) *Sentencia T-327*. Acción de tutela contra la Red de solidaridad Social. (Ref. T-366589). Actor: Cesar Iván Perea Palomino. [MP. Marco Gerardo Monroy].

Colombia. Corte Constitucional, Sala séptima de revisión. (16 de octubre de 2003) *Sentencia*

T-949. Acción de tutela contra Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín. (Ref. T-755869). Actor: Mauricio Vargas Espinosa. [MP. Eduardo Montealegre Lynett].

Colombia. Corte Constitucional, Sala octava de revisión. (1 de septiembre de 2004).

Sentencia T-838. Acción de tutela contra el Juzgado Cuarenta y Uno Civil Municipal de Bogotá. (Ref. T-837669). Actor: Lucila Martínez. [MP. Álvaro Tafur Galvis].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (14 de septiembre de 2004) *Sentencia C-886*.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 37, 38 y 39 de la Ley 820 de 2003, "por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones". (Ref. D-5097). Actor: José Eurípides Parra Parra. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

Colombia. Corte Constitucional, Sala sexta de revisión. (24 de febrero de 2005) *Sentencia T-*

162, 2005. Acción de tutela contra providencia de Juzgado Segundo Civil Municipal de Montería. (Ref. T-1005826). Actor: Guillermo Castilla Ramírez. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (8 de junio de 2005) *Sentencia C-590*. Demanda

de inconstitucionalidad contra el artículo 185, parcial, de la Ley 906 de 2004. (Ref. D-5428). Actor: Rafael Sandoval López. [MP. Jaime Córdoba Triviño].

Colombia. Corte Constitucional, Sala séptima de revisión. (7 de diciembre de 2006)

Sentencia T-1065. Acción de tutela instaurada contra Tribunal Superior de distrito

Judicial de Cúcuta. (Ref. T-1327448). Actor: Ciro Becerra Quintero. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (7 de marzo de 2007) *Sentencia C-159*. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 179 y 180 (parciales) del Código de Procedimiento Civil. (Ref. D-6501). Actor: Hugo Ernesto Fernández Arias. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].

Colombia. Corte Constitucional, Sala quinta de revisión. (29 de marzo de 2007) *Sentencia T-233*. Acción de tutela instaurada contra la Fiscalía General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia. (Ref. T-1498919). Actor: Miguel Ángel Pérez Suárez. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Colombia. Corte Constitucional, Sala segunda de revisión. (3 de abril de 2009) *Sentencia T-264*. Acción de tutela contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Civil. (Ref. T-2.112.744). Actor: Luz Mary Jaimes Carvajal. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

Colombia. Corte Constitucional, Sala tercera de revisión. (17 de mayo de 2011) *Sentencia T-423*. Acción de tutela contra la Dirección Nacional Penitenciaria y Carcelaria, la EPS-S Comfama, Caprecom y la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia. (Ref. T-2.915.465). Actor: Clara Mireya Patiño de Arboleda, actuando como agente oficioso de su hijo Douglas Adrián Arboleda Patiño. [MP. Juan Carlos Henao Pérez].

Colombia. Corte Constitucional, Sala quinta de revisión. (30 de junio de 2011) *Sentencia T-*

513. Acción de tutela contra la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá.(Ref. T-2931736). Actor: Value Trade Corp. Ltda. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

Colombia. Corte Constitucional, Sala novena de revisión. (21 de febrero de 2012) *Sentencia T-118*. Acción de tutela contra providencia del Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena. (Ref. T-3219331). Actor: Rosa Pájaro Martínez. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Colombia. Corte Constitucional, Sala octava de revisión. (14 de junio de 2012) *Sentencia T – 441*. Acción de tutela contra Acción Social, hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. (Ref. T-3.302.323). Actor: Claudia Moreno Escandón. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].

Colombia. Corte Constitucional, Sala séptima de revisión. (12 de febrero de 2013) *Sentencia T-067*. Acción de tutela contra Departamento de Atlántico, Gobernación del Departamento, Secretaría General. (Ref. T-3.700.744). Actor: Germán Abraham Barrios Ruiz. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Colombia. Corte Constitucional, Sala octava de revisión. (14 de febrero de 2013) *Sentencia T-076*. Acción de tutela instaurada contra Departamento Administrativo para la Prosperidad. (Ref. T-3417272). Actor: María Leida Valencia Gómez. [MP. Alexei Julio Estrada].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (21 de marzo de 2013). *Sentencia C-157*. Demanda de inconstitucionalidad contra Ley 1564 de 2012, artículo 206, Parágrafo

único. (Ref. D-9263). Actor: John Armando Gartner López. [MP. Mauricio González Cuervo].

Colombia. Corte Constitucional, Sala quinta de revisión. (8 de mayo de 2013) *Sentencia T-267*. Acción de tutela interpuesta contra la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de la misma ciudad y como vinculada la Universidad Libre, Seccional Barranquilla. (Ref. T-3676921.) Actor: Julián Caballero Núñez. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (15 de mayo de 2013) *Sentencia C-279*. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 206 de la Ley 1564 de 2012. (Ref. D – 9324). Actor: Jorge Hernán Gil Echeverri. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Colombia. Corte Constitucional, Sala octava de revisión. (17 de octubre de 2013) *Sentencia T-733*. Acción de tutela contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado 15 Civil del Circuito de Descongestión. (Ref. T 3.858.948). Actor: Daniel Espinosa Cuellar. [MP. Alberto Rojas Ríos].

Colombia. Corte Constitucional, Sala quinta de revisión. (9 de julio de 2014) *Sentencia T-488*. Acción de tutela interpuesta contra la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Paz de Ariporo (Casanare) y otros. (Ref. T-4.267.451). Actor: Gerardo Escobar Niño. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (16 de octubre de 2014) *Sentencia SU-768*. Acción de tutela instaurada contra la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. (Ref. T- 3.955.581. Actor: Joseph Mora Van

Wichen. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

Colombia. Corte Constitucional, Sala octava de revisión. (20 de abril de 2015) *Sentencia T-198*. Acción de tutela instaurada contra el Hospital San Vicente de Paul del Municipio de Caldas (Antioquia). (Ref. T-4.609.989. Actora: Aracelly Villa Rojas. [MP. Martha Victoria Sáchica Méndez].

Colombia. Corte Constitucional, Sala quinta de revisión. (21 de septiembre de 2015) *Sentencia T-605, 2015*. Acción de tutela contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (Ref. T-1.959.885). Actor: Delia Urueña Tovar. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Colombia. Corte Constitucional, Sala plena. (24 de febrero de 2016) *Sentencia C-086, 2016*. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 167 (parcial) de la ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. (Ref. D-10902). Actores: Alejandro José Peñarredonda Franco y Helena Carolina Peñarredonda Franco. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral. (28 de noviembre de 1995). Recurso de casación contra fallo proferido por Tribunal Superior de Riohacha. (Rad. L-7232-95). Recurrente: *International Resources Corporation "Intercor"*. [MP. Hugo Suescún Pujols]

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil y agraria. (18 de julio de 2004). *Sentencia 9493*. Recurso de casación propuesto respecto de sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario

incoado por Tecniavalúos & Cía. Ltda. (Rad. 11001-31-03-020-2006-00122-01).

Recurrente: Gilma Pulido Artunduaga. [MP. Luis Armando Toloza Villabona].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria. (26 de julio de 2004).

Sentencia 7273. Recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dentro del proceso ordinario promovido contra Seguridad Constante Limitada. (Ref. ID. 225141).

Recurrente: Banco de Colombia S.A. - Bancolombia -. [MP. Cesar Julio Valencia Copete].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria. (28 de junio de 2005)

Sentencia 7901. Recurso de casación respecto de sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, proceso ordinario de investigación de paternidad. (Ref. SC-136 – 2005 – ID. 225746). Recurrente: Gloria María Carmona Hernández, en nombre y representación de su hijo Alejandro Carmona Hernández). [MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria. (30 de junio de 2009)

Sentencia 1100102030002009-01044-00. Acción de tutela contra la Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería. (Ref. ID. 335919). Actor: Gerardo Bedoya Gómez. [MP. César Julio Valencia Copete].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria. (3 de octubre de

2010). *Sentencia 47001-3103-005-2000-00896-01*. Recurso de casación contra sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro de proceso ordinario contra Hospital Universitario Clínica San Rafael

y Hospital San Juan de Dios.(Ref. ID. 245414). Recurrente: Arquímedes Octavio Romero Moreno. [MP. Margarita Cabello Blanco].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria. (22 de junio de 2012) *Sentencia 68001-22-13-000-2012-00121-01*. Impugnación formulada frente al fallo proferido por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en vía de tutela contra el Juzgado Noveno Civil del Circuito. (Ref. ID.243022). Actor: Jorge Rey García. [MP Jesús Vall de Rutén Ruiz].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria. (14 de noviembre de 2013) *Sentencia 25000-22-13-000-2013-00332-01*. Impugnación formulada contra el fallo proferido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca en vía de tutela. (Ref. ID. 257068). Actores: John Jairo Leal Charry, Carlos Alberto Leal Soto y Alfredo Leal Soto. [MP. Ariel Salazar Ramírez].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral. (10 de abril de 2014) *Sentencia 17.462*. Recurso de apelación contra sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proceso ordinario laboral de Humberto Herrera Forero contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. - BBVA COLOMBIA. (Ref. 44.317). [MP. Carlos Ernesto Molina Monsalve].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria. (14 de noviembre de 2014) *Sentencia 11001-31-03-029-2008-00469-01*. Recurso de casación frente a sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proceso ordinario de Eduardo Alejandro Matiz González contra Clínica Partenón Ltda. (Ref.

15.746). Recurrente: Eduardo Matizx González. [MP. Fernando Giraldo Gutiérrez].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria. (26 de noviembre de 2015) *Sentencia 16.320 y su salvamento de voto*. Impugnación formulada contra el fallo proferido por la impugnación interpuesta frente a la sentencia de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal. (Ref. 465041). Actor: INCODER. [MP. Margarita Cabello Blanco]. [Magistrado salvó voto: Luis Armando Tolosa Villabona].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria. (16 de febrero de 2016) *Sentencia 1776*. Impugnación formulada contra sentencia dictada por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja. (Ref. ID. 471178). Actor: INCODER. [MP. Luis Armando Tolosa Villabona].

Colombia. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (19 de noviembre de 1991). Artículos 19 y 20 [Capítulo I]. *Reglamentación de la acción de tutela*. [Decreto 2591 de 1991]. DO. 40.165.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2010). Ley de descongestión judicial [Ley 1395 de 2010]. DO: 47.768.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991), 34ª ed. Bogotá: Leyer.

Coordinadora Jurídica (8 de enero de 2015). Et La Carga de la Prueba. Código General del Proceso. Dr. Luis Guillermo Acero Gallego. [Archivo de vídeo]. Recuperado de

<https://youtu.be/IeAcIguk2UY> [Consulta: 13 diciembre 2016].

De Pina, R. (1941). La prueba de confesión en el proceso civil. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 11. México: Escuela Nacional de Jurisprudencia. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revenj/cont/11/dtr/dtr2.pdf> [Consulta: 26 septiembre 2015].

Delgado Mottoa, B. & Zambrano Muñoz, H. (2009). La naturaleza de los principios procesales. En *El nuevo papel del juez en la realidad jurídica colombiana*. Cali: Universidad Santiago de Cali.

Devis Echandía, H. (2012a). Principios generales de la prueba; Objeto de la prueba judicial. Qué puede ser probado; La noción de carga procesal en general y carga de la prueba en particular. En *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 6ª ed. (pp. 107-176 y 375-488). Bogotá: Temis.

Devis Echandía, H. (2012b). *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, 6ª ed. Bogotá: Temis.

Forero Silva, J. (2014). Nulidades procesales. En *Oralidad en los procesos civiles – Código General del Proceso* (pp.145-176). [Versión PDF]. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Giacomette Ferrer, A. (2013). ¿Quién prueba dentro de un proceso?, ¿Cómo se valoran las pruebas? En *Teoría general de la prueba -Concordada con la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso-* (pp. 245-334). Medellín: Biblioteca jurídica Diké.

Londoño Jaramillo, M. (2007). Deberes y derechos procesales en el Estado social de derecho.

En *Revista Opinión jurídica*, 6 (11). Recuperado de:

<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v6n11/v6n11a4.pdf> [Consulta: 11 diciembre 2014].

López Blanco, H.F. (2008). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo III

Pruebas, 2ª ed. Bogotá: Dupre.

Michelli, G.A. (2004). Sentis Melendo, S. (Trad.). La carga en la teoría general del derecho

y en particular respecto de la doctrina de la decisión sobre el hecho incierto; Estructura del derecho civil y carga de la prueba. En *La carga de la prueba* (pp. 53-156). Bogotá: Temis.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio (6

de agosto de 2010) *Sentencia 012*. Acción de competencia desleal instaurada por Orbitel S.A., E.S.P. contra SIT S.A. (Rad. 0411974). Superintendente: Gustavo Valbuena Quiñones.

Parra Quijano, J. (2011, reimp. 2013). Título II. Los medios probatorios. En *Manual de*

derecho probatorio, 18ª ed. (277-798). Bogotá: Ediciones del profesional.

Peña Ayazo, J.I. (2008). *Prueba judicial análisis y valoración*. Bogotá: Consejo Superior de

la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Pérez Garzón, C.A. (2013). Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho

probatorio colombiano. *Revista Justicia y derecho*, 1 (1), 46-66.

Recuperado de [https://sites.google.com/site/revistajusticiayderecho/archivo/volumen-1-](https://sites.google.com/site/revistajusticiayderecho/archivo/volumen-1-numero-1-enero-junio-de-2013/aspectos-generales-sobre-la-carga-de-la-prueba-en-el)

[numero-1-enero-junio-de-2013/aspectos-generales-sobre-la-carga-de-la-prueba-en-el-](https://sites.google.com/site/revistajusticiayderecho/archivo/volumen-1-numero-1-enero-junio-de-2013/aspectos-generales-sobre-la-carga-de-la-prueba-en-el)

derecho-probatorio-colombiano [Consulta: 24 marzo 2015].

Pérez Restrepo, J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica –decaimiento de su aplicabilidad. *Revista Estudios de Derecho*, 18, 201-225. [Versión PDF] Recuperado de: http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJ_Cargadin%C3%A1micaprubaresponsabilidadadministrativa.pdf [Consulta: 30 junio 2015].

Pinzón Carvajal, A. (2008). *El Derecho Administrativo Colombiano*. Medellín: Universidad Cooperativa de Colombia.

Rojas Gómez, M.E. (2012) Código General del proceso. Bogotá, Colombia: Escuela de Actualización Jurídica (ESAJU).

Rojas Gómez, M.E. (2013a). *Lecciones de derecho procesal civil, Tomo II, Teoría del proceso*. Bogotá: Escuela de Actualización Jurídica. (ESAJU).

Rojas Gómez, M.E. (2015b). *Lecciones de derecho procesal civil, Tomo III, Pruebas civiles*. Bogotá: Escuela de Actualización Jurídica.

Rosenberg, L. (1951, 2002). Krotoschin, E. (Trad.). *La carga de la prueba*, 2ª ed. Colección Maestros del Derecho Procesal. Buenos Aires, Argentina: Euros.

Sánchez Novoa, P.A. (2013). La carga de la prueba en el Estado Social de Derecho. *Revista Justicia*, 23 - pp. 128-136. Recuperado de: <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/ojs/index.php/justicia/article/view/129/127> Consulta: 20 marzo 2015].

Tirado Hernández, J. (2013). *Curso de pruebas judiciales parte especial. En los procesos*

civiles, comerciales, de familia, agrarios, laborales, contenciosos administrativos y penales, incluyendo los nuevos Códigos Procesales, Tomo II. Bogotá: Doctrina y Ley.

Trujillo Cabrera, J. (2006). La carga dinámica de la prueba. Conceptos fundamentales y aplicación práctica. Bogotá: Leyer.