



La carga dinámica de la prueba y los “fines democráticos” del proceso en Colombia

Jorge Andrés Cochero Ramos

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutor

Juan Felipe Vallejo Osorio, Candidato a Magíster (MSc) en Derecho Procesal

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Procesal
Medellín, Antioquia, Colombia

2021

Cita	(Cochero Ramos, 2021)
Referencia	Cochero Ramos, J. (2021). <i>La carga dinámica de la prueba y los “fines democráticos” del proceso en Colombia</i> . [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XIV.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

La asunción de nuevos poderes por parte del juez en los estados contemporáneos y, específicamente, para el caso colombiano, en el Estado Social de Derecho, ha conllevado a la creación de nuevas categorías jurídicas en aras de garantizar, dentro del proceso, principios y valores de orden constitucional como la igualdad material, la equidad, la solidaridad y la verdad, como presupuestos de justicia material. Así las cosas, ello se ha materializado en facultades como la posibilidad de que la autoridad judicial decrete pruebas de oficio y con la incorporación en el Código General del Proceso (art. 167) de la denominada carga dinámica de la prueba. En tal sentido, resulta pertinente la indagación acerca de dicha figura, de una parte, en aras de entenderla desde su conceptualización misma, a saber, si se trata de una verdadera carga o de un deber procesal y, por el otro, si realmente, a través de ella, se pueden satisfacer las loables pretensiones que la fundamentan. Como resultado de ello, se anticipa que, en la materia, existe una confusión terminológica entre tales conceptos y, por otra parte, que esa figura no está llamada a la consecución de esos fines deseables, pues en ese cometido, termina sacrificando otros que merecen igual salvaguarda.

Palabras clave: Estado Social de Derecho, principios, democrático, carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, deber de aportación.

Sumario

Introducción. 1. Un breve repaso a los sistemas procesales dispositivos e inquisitivos. 1.1. Los sistemas adversariales y la iniciativa probatoria de las partes 1.2 La verdad como presupuesto de justicia en los sistemas inquisitivos 1.3 Los sistemas de enjuiciamiento mixtos: el caso colombiano 2. Noción de la prueba como derecho fundamental y como carga 2.1 El derecho fundamental a la prueba. 2.2 La prueba como carga. 2.3 El rol del juez a la luz de los principios orientadores del ordenamiento jurídico. 3. La carga dinámica de la prueba. 3.1 ¿Es posible establecer una regla de juicio en aplicación del dinamismo probatorio? 3.2 Los deberes de aportación como modo de entender la carga dinámica de la prueba. 3.3 Discusiones en torno a los fines democráticos del

proceso y los límites de la carga dinámica de la prueba: de la carga al deber procesal. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

La carga de la prueba, entendida como *onus probandi*, es uno de los elementos esenciales del proceso judicial y, por contera, de la actividad jurisdiccional. Ello, porque si el objeto del litigio es la pretensión (Devis Echandía, 2019, p. 195), aquel indefectiblemente girará en torno a la demostración o no de los presupuestos fácticos que la sustentan.

Así, surge la pregunta acerca de quién y qué debe demostrar; a ese respecto, el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso, dispone que: “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. Esto es, quien procure una declaración sustentada en una determinada relación jurídico sustancial, deberá acreditar los supuestos fácticos que sustentan su pretensión y, quien la contradiga, tendrá que acometer igual tarea, basado en los hechos impeditivos, modificativos o extintivos de aquella (Ramírez & Meroi, 2020, p. 233).

No obstante, por medio de la disposición en cita, la normativa en cuestión introdujo una importante variación a esa regla de orden probatorio pues, de manera excepcional, radicó en cabeza del funcionario judicial la posibilidad de que, atendiendo a las particularidades del caso, pueda “*distribuir la carga al decretar las pruebas*”, a partir de lo cual podrá exigir a una determinada parte la aportación de evidencias o el esclarecimiento de los hechos controvertidos, basado en criterios de favorabilidad o facilidad.

Ahora bien, en principio, tal cuestión resulta en uno más de los ámbitos de la libertad de configuración del legislador, en pro de definir, entre otras cosas, los deberes, obligaciones y cargas que recaen sobre las partes, el juez y los terceros en el marco del proceso (Colombia. Corte Constitucional, 2019, pp. 26-27); no obstante, el trasfondo de dichas transformaciones de orden procesal conlleva la reflexión acerca de la figura de ese funcionario en un Estado Social de Derecho, como modelo político a través del cual se propende el logro de determinados “fines democráticos” que le son inherentes, entre ellos, la igualdad material y la justicia (Colombia. Corte Constitucional, 1998, p. 10).

En ese sentido, el principio de indefectible sumisión a la ley por parte de la autoridad judicial, propio de la tradición liberal, cedió ante el ejercicio de un rol de intermediación entre el poder político-legislativo y la sociedad y, por contera, en “...una doble independencia, en el sentido de relativa autonomía, tanto respecto a la organización que expresa la ley, cuanto respecto a la sociedad que es titular de pretensiones constitucionalmente garantizadas” (Subrayas fuera del texto) (Zagrebelky, 2011, p. 149).

Siguiendo con el citado autor, sostener la idea anacrónica de la jurisdicción como depositaria de conocimientos meramente técnico-jurídicos, equivale a su alejamiento de las expectativas que demanda la sociedad con relación a su ejercicio (Zagrebelky, 2011, p. 150).

De ese modo, este nuevo modelo introduce principios como la justicia material, en un sistema abierto de interpretación de la ley, cuya interpretación se encuentra sometida a valores superiores contenidos en la Constitución (Rico, 2013, p. 60).

Lo anterior, se ve reflejado en el caso colombiano, desde la redacción misma de la Constitución Política de 1991. Al respecto, basta con citar, entre otras disposiciones, el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 113 y 230 en los que se verifica la pretensión por la realización de los fines esenciales del Estado, incluso por parte de la jurisdicción, pero, asimismo, la sujeción de esta a la ley, ya no entendida en su sentido formal, sino como “ordenamiento jurídico”. Es ello, a lo que en este escrito se entenderá como fines democráticos del proceso.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional (2001) ha sostenido que “...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”. (pp. 32-33).

En otras palabras, a más de la resolución de los conflictos que se suscitan en los tribunales, los funcionarios judiciales se encuentran ante la labor de acometer la realización de principios tales como la igualdad, la equidad, la solidaridad y la búsqueda de la verdad como presupuestos de justicia material. Esto es, el tránsito del funcionario que aplica irreflexivamente la ley a uno “...- sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales...” (Colombia. Corte Constitucional, 2014, p. 24).

Tan así, que debe decidir aun cuando no exista ley aplicable al caso o en los supuestos en que esta sea oscura o incompleta (Código General del Proceso, art. 42 num. 6); esto es, la

prohibición de inhibirse para fallar y, además, conforme al artículo 12 *ejusdem*, la obligación de llenar de contenido las deficiencias de la normativa procesal.

Lo anterior, ha desembocado en el aumento de sus poderes de direccionamiento del proceso, pero también, en la imposición de nuevos deberes que, *ex ante*, definen la manera como han de desarrollarse ciertos actos y procedimientos. A ese respecto, resulta dicente el denominado “*poder-deber*” de decretar pruebas de oficio, como uno de los instrumentos para llegar a decisiones en las que se materialicen valores como los señalados en precedencia, cuestión que no es ya una posibilidad discrecional sino una actividad encaminada a desarrollar un “*imperativo de justicia*” y, por ende, se torna inexorable (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017, p. 15)

Volviendo al tribunal supremo de la Jurisdicción Constitucional, la facultad antedicha es un “*verdadero deber legal*” que persigue fines constitucionalmente relevantes, no solo como mecanismo supletivo de las cargas probatorias que corresponden a cada una de las partes, sino también en aras de la consecución de decisiones que se acerquen a la realización del derecho sustancial (Colombia. Corte Constitucional, 2014, p. 24).

En ese orden de ideas, la respuesta a la pregunta acerca de cuál es la decisión justa, no es más la que fuere dictada conforme a las formalidades propias del proceso en el cual las partes realizan las actividades propias del extremo procesal que ocupen, sino la que ha sido producto del ejercicio de un juez con unas prominentes facultades de investigación e indagación, cuya decisión va a estar mucho más cerca de la justicia, en cuanto esté más ceñida a la comprobación de que los hechos que se ponen en su conocimiento, efectivamente sucedieron de esa determinada manera.

Tal es el sentir del profesor Taruffo (citado en Perico, 2017) cuando señala que una sentencia debe cumplir con tres elementos: “*a) corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación confiable de los hechos importantes del caso; c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión” (p. 127) (Subrayas fuera del texto).*

Es en ese contexto en el que se circunscribe y debe analizarse la teoría del dinamismo probatorio, por lo que, a continuación, se presentan algunos planteamientos al respecto, teniendo como base fundamental el modelo de Estado colombiano, a efectos de ofrecer algunas propuestas a ciertas cuestiones problemáticas que resultan de la pretensión, cada vez más acentuada, de que la función jurisdiccional sea el remedio o apuntalamiento para la consecución de los fines democráticos propios de ese esquema de organización política.

Con miras a ese cometido, se realizó la búsqueda de fuentes doctrinales en sistemas de bibliotecas, bases de datos bibliográficas y revistas especializadas en investigaciones jurídicas, teniendo en cuenta como criterio de búsqueda los conceptos “Estado social de derecho”, “carga de la prueba”, “carga dinámica de la prueba” y “derecho fundamental a la prueba”. A más de eso, se rastrearon los pronunciamientos que en la materia han efectuado los tribunales de cierre de las distintas “jurisdicciones” en el territorio colombiano.

El resultado de dichas pesquisas puso de presente cómo muchos autores han considerado que el dinamismo probatorio debe verse alejado de la idea de regla de juicio propia de los sistemas de carga estática de la prueba. Del mismo modo, señalan que radicar en la figura del juez la posibilidad de que, en su criterio, determine a quién corresponde probar los hechos objeto de debate, comporta consecuencias no deseables en términos de imparcialidad y roza el quebrantamiento del principio de legalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objeto de este trabajo se centra en realizar un análisis doctrinal y jurisprudencial, acerca del dinamismo probatorio. A partir de allí, se intentará esquematizar su relación con cuestiones tales como el derecho fundamental a la prueba y el papel del funcionario judicial en el modelo de Estado Social de Derecho en Colombia. Del mismo modo, se definirá la carga de la prueba en sus sentidos objetivo y subjetivo y, como punto de llegada, se entrará a distinguir los efectos procesales de entender la carga dinámica de la prueba como regla de juicio y como deber de aportación.

Con todo ello, previo a examinar el tema objeto de análisis de manera puntual, se abordarán tres acápites a efectos de concebir el atisbado giro de la función jurisdiccional en los Estados contemporáneos y, sobre todo, en Colombia: así las cosas, primeramente, se hará un breve repaso acerca de los sistemas procesales inquisitivos y dispositivos, como manera de entender los roles que históricamente se han asignado a la figura del juez; en segundo lugar, se examinarán los algunos principios sustanciales y procesales que sustentan el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en la función jurisdiccional y, conjuntamente, se abordará la carga de la prueba, entendida como regla de conducta y de juicio.

Finalmente, se hará una esquematización acerca de las consecuencias jurídicas de entender la carga dinámica de la prueba como regla de conducta probatoria o deber de aportación, señalando algunas cuestiones problemáticas atinentes a la primera de esas circunstancias, para luego precisar algunas reflexiones con relación a cómo la distribución de dicha carga, a efectos de materializar

fines que son deseables en un sistema democrático, termina sacrificando otros de mayor o igual talante. Como epílogo, se ofrecerá una síntesis conclusiva de todo lo desarrollado.

1. Un breve repaso a los sistemas procesales dispositivos e inquisitivos

Tal cual se anticipó, como primer punto, se presentará un breve bosquejo acerca de dos cuestiones angulares a los sistemas de enjuiciamiento procesal civil, de un lado, los poderes del juez y la búsqueda de la verdad en el denominado inquisitivo y, por el otro, la iniciativa probatoria de las partes en el llamado adversarial o dispositivo.

Corolario, se esbozará la inscripción del modelo colombiano dentro de los nombrados “mixtos”, en los que se propende por conciliar ciertas características atinentes a cada uno de los aludidos precedentemente.

1.1 Los sistemas adversariales y la iniciativa probatoria de las partes

De acuerdo con el maestro Devis Echandía (2019), en sus inicios, estos sistemas se caracterizaban porque el proceso se descubría como una cuestión eminentemente privada, constituyéndose en “*un verdadero combate entre dos partes*” (p. 23). Así las cosas, al juez, quien asumía una postura de árbitro, le estaba vedado el decreto de pruebas de oficio, pues la aportación de los medios de convicción era una cuestión que eminentemente correspondía a aquellas, especialmente al demandado.

De otra parte, según Azula Camacho (2020, p. 41) también atañe a las partes la formulación de la demanda, el establecimiento de las cuestiones objeto de la *litis* y los hechos que las sustentan y, del mismo modo, disponer del derecho a través del desistimiento o la transacción. Del mismo modo, continúa el precitado jurista, citando a Cappelletti, aun cuando se asuma en el juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio, el sistema adversarial no pierde su calidad, pues lo preponderante es que el objeto de estas es la búsqueda de la “verdad” procesal.

Con relación a lo anterior, Aguirrezabal (2017, p. 424) es plenamente coincidente; no obstante, precisa la existencia de la calidad dispositiva de los procesos como un principio, atisbando allí, como características fundamentales la estimulación de la actividad judicial por las partes y la aportación del material probatorio.

Partiendo de ello y citando a Palacio, lo define como “...*aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez*” (Aguirrezabal, 2017, p. 425).

En síntesis, conviene reiterar, además de los dos aspectos puestos de presente anteriormente, que el fin último del proceso así entendido, es dirimir la controversia, estableciendo criterios de verdad formal, lo que indefectiblemente, conlleva a la limitación de las facultades probatorias del juez, propias de los esquemas inquisitivos, como a continuación se verá.

1.2 La verdad como presupuesto de justicia en los sistemas inquisitivos

El máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional en Colombia, considera que en este modelo el juez debe investigar la verdad, evidentemente, ya no entendida en sentido formal, incluso prescindiendo de la actividad de las partes. En ese sentido, le asiste la facultad de iniciar oficiosamente el proceso, el decreto y práctica de pruebas de oficio, impulsar y dirigir el proceso y, en todo caso, emplear cualquier medio para alcanzar el mentado valor (Colombia. Corte Constitucional, 2003, p. 21).

Sin embargo, lo anterior se encuentra estrechamente ligado al modelo de Estado como tal, a ese respecto, Sánchez (2013) citando a Arrendo & Arredondo (2010), expresa que el aumento en la iniciativa probatoria del funcionario judicial es una:

...de las consecuencias de la Consagración Constitucional Positiva de la idea de Estado Social de Derecho, como determinante de la figura del Juez Director del Proceso, con poderes concernientes a la vigilancia de la forma y a la salvaguarda de la ética en el proceso (p. 78).

A pesar de ello, los precitados autores consideran que no deja de ser polémico el hecho de que dicha consagración superior de dicho modelo de Estado derive en sí misma en el aumento de los poderes de dicho funcionario a efectos de que la verdad formal coincida con la real como presupuesto de justicia (Arrendo & Arredondo, 2010, citados Sánchez, 2013, p. 79).

Con relación a lo anterior, ciertamente la adopción del modelo de Estado Social de Derecho sí tiene una marcada influencia no solo en las funciones del juez, sino también en las

expectativas que de él se tienen, sobre todo, en lo relacionado con el alcance de determinados valores y principios democráticos tales como la justicia, la igualdad material, la solidaridad, la equidad, entre otros, tal cual se dijo en líneas anteriores conforme a lo decantado por la jurisprudencia constitucional.

Volviendo al objeto de este acápite, Azula Camacho (2020, p. 42) considera como elementos esenciales del modelo inquisitivo la iniciativa judicial para el decreto de pruebas, la que no es exclusiva, pues también es un derecho de las partes. A ese respecto, basta con examinar el artículo 169 del Código General del Proceso, para dar cuenta que le asiste razón a dicho autor, sin que pueda dejarse de lado la inscripción de esa regla dentro del sistema analizado, pues dichos medios se orientan a la “*verificación de los hechos*”.

Por último, cabe traer a colación una de las características esenciales que Devis Echandía (2019, p. 25) señala a la sazón, esto es, el establecimiento de la carga de la prueba en cabeza del demandante. Así, se empieza a precisar la aparición de la regla del *onus probandi* en el establecimiento del proceso.

Condensando lo discurrido en este punto, conviene tener en cuenta la sublimación de la figura del juez en el proceso de raigambre inquisitivo, en el sentido del aumento de sus atribuciones para lograr cuestiones tales como la verdad, entendida como comprobación fidedigna de los hechos del caso, en aras de materializar un presupuesto de justicia.

1.3 Los sistemas de enjuiciamiento mixtos: el caso colombiano

El maestro Devis Echandía (2019, p. 27), de manera muy didáctica, realiza una esquematización de los denominados modelos procesales mixtos, los que se caracterizan por compendiar elementos propios de los sistemas analizados con anterioridad.

Para los efectos de este escrito, conviene señalar como características acusatorias propias: la presentación de la demanda por el interesado a efectos de la iniciación del trámite; la resolución de la controversia solo teniendo en cuenta lo propuesto en el escrito inicial y las excepciones del demandado y la posibilidad de que las partes puedan disponer del objeto del litigio mediante el desistimiento o la transacción (Devis Echandía, 2019, p. 27).

Empero, a aquellas se adhieren otras nociones inquisitorias, entre estas: la carga de la prueba en cabeza del demandante en cuanto a los hechos que sustentan la demanda y, para el

demandado, respecto de sus excepciones; el interés y fin público de la recta administración de justicia; el principio de comunidad de la prueba para la declaración de las excepciones de fondo probadas, aun cuando no alegadas y, la ya reiterada potestad para decretar y practicar pruebas de oficio (Devis Echandía, 2019, p. 27).

En tal sentido, es posible traer a colación la conjugación que de todos esos elementos hace el estatuto procesal general colombiano, a efectos de entenderlo dentro de esta categoría mixta. Por poner algunos ejemplos, de un lado, basta con observar los artículos 8, 78 (#8 y #10), 82, 167 (inc. 1º) y 169; con caracteres eminentemente dispositivos. Y por el otro, los cánones 11, 12, 42, 167 (inc. 2º) y 169 de esa misma obra, que incorporan cuestiones inquisitorias de maneras predominante.

En cuanto a ello, la Corte Constitucional (2003, p. 21) se permite resumir la cuestión, en cuanto al sistema de enjuiciamiento procesal civil colombiano, inquiriendo en la manera como, de una parte, el juez dirige el proceso y la actividad probatoria a efectos de la resolución de la controversia y con el empleo de pruebas de oficio y, por otra, el rol fundamental de las partes para la estimulación del aparato jurisdiccional, su derecho a la prueba y a disponer del objeto del litigio, en los caso en que ello sea posible.

Dicho lo anterior, no queda más que reafirmar la manera cómo el aumento en los poderes de direccionamiento del proceso en cabeza del juez, son una materialización de los mentados sistemas inquisitivos, pero más allá de eso, subyace allí la adopción del modelo de Estado Social de Derecho, cuyos principios tienen consagración constitucional y no solo tienen incidencia en el aspecto sustancial, sino también en lo procesal, como se verá en líneas subsiguientes.

2. Noción de la prueba como derecho fundamental y como carga

Llegados a este punto, es posible plantear que el ilustrado vuelco en el ejercicio jurisdiccional no se ha visto abocado por el mero hecho de la adopción de un sistema de enjuiciamiento civil u otro, cuyas consecuencias se advertirán en el acogimiento de unas determinadas reglas procesales, toda vez que ello también se encuentra atravesado por el modelo de Estado colombiano, en el que el proceso no solo es un escenario de debate a efectos de la solución de las controversias que se ponen en conocimiento del juez, sino también, tal cual se advirtió, como medio para lograr la realización de fines como la igualdad, la solidaridad, la justicia

material y la búsqueda de la verdad, los que, *prima facie*, no se apreciaban como elementos principales de su función.

Lo anterior, ha tenido incidencia en la manera que se asume la prueba y las posibilidades del juez para, en determinadas ocasiones, asumir la iniciativa probatoria y hacer llegar al proceso medios de convicción que ni siquiera hayan sido solicitados por las partes, por considerarlos necesarios para la resolución de la cuestión litigiosa.

Teniendo ello en cuenta, a continuación, se pondrán de presente algunas cuestiones tendientes a demostrar que tales poderes de ordenación y dirección vienen imbuidos, asimismo, por la materialización, en juicio, de los aludidos valores superiores, incidiendo de manera directa en las cargas procesales, especialmente en materia de prueba, que deben asumir las partes.

2.1 El derecho fundamental a la prueba

En orden a lo anterior, otra circunstancia que ha incidido en el ilustrado giro de la función jurisdiccional es la asunción constitucionalmente reforzada de determinadas categorías jurídicas.

Para los intereses del presente escrito, uno de los que resulta pertinente mencionar es la categorización de la prueba como derecho con carácter *iusfundamental*, a lo cual apuntan cuestiones contenidas en el Código General del Proceso, tales como: 1) el principio de necesidad (art. 164); 2) el de libertad probatoria (art. 165); 3) el deber de decretar y practicar las pruebas pedidas y aportadas oportunamente, limitado solamente por los criterios de pertinencia, conducencia, utilidad y licitud y, sin duda, el de legalidad (arts. 168 y 169); y, 4) lo ya referido acerca de la obligación atinente a la oficiosidad, cuando los medios de convicción allegados al proceso no resulten suficientes para el descubrimiento de la verdad o la efectivización del derecho sustancial (Colombia. Corte Constitucional, 2014), entre otras.

Lo anterior cobra mayor sentido leyéndose en función de lo dispuesto expresamente por el artículo 29 Superior, en cuanto al derecho a “...presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en (...) contra”. Y, más aún, por lo definido jurisprudencialmente por la Corte Constitucional (2015, p. 36) acerca del derecho fundamental a la prueba ya no solo como componente del derecho al debido proceso, sino también con carácter autónomo.

En tal sentido, el maestro Devis Echandía (2012, p. 8) considera la garantía en cuestión como un derecho subjetivo, orientado a la demostración de los hechos de los cuales se intenta

derivar el éxito de la pretensión o la excepción. Dicha subjetividad está sustentada en el acto de voluntad con que se aprecia la petición de las partes; cuestión que se impone, del mismo modo, en los sistemas inquisitivos, pues si bien se trata de un deber emanado de la ley que obliga al juez respecto al decreto y práctica de pruebas oficiosas, ello viene permeado por la posibilidad de que se practiquen las solicitadas por aquellas.

Retomando los anteriores elementos, la prerrogativa bajo análisis se asume como “... *un derecho fundamental con soporte constitucional y convencional, de carácter individual y de prestación, y se estructura a la manera de derecho subjetivo* (Ruiz, 2019, p. 135).

Siguiendo con el mismo autor, la categorización del derecho a probar con raigambre constitucional incidió en la posibilidad que tiene el funcionario judicial para decretarla de oficio, siendo que, en el trámite procesal pueda ser producida por iniciativa de las partes, pero también por el juez en representación del Estado. En tal sentido, un sistema procesal en que se pregone el monopolio probatorio de aquellas riñe con “...*el esquema constitucional actual en el que la prueba es un valor iusfundamental a proteger por las autoridades públicas*” (Ruiz, 2019, p. 118); más aún, cuando propende por la protección de las personas con base en valores como el de la justicia.

Así, es dable concluir que esa facultad no se circunscribe a la mera “*verificación*” de unos determinados hechos “...*relacionados con las alegaciones de las partes*” (Colombia. Corte Constitucional, 2000, p. 8), en los términos del artículo 169 del Código general del Proceso, sino que, por contera, apunta a la consecución de unos mínimos de justicia y la realización y efectividad de los derechos.

2.2 La prueba como carga

La noción de carga se encuentra ligada a determinadas conductas que la relación jurídico-procesal impone a las partes, so pena de ciertas consecuencias adversas a sus intereses, entre estas, la pérdida de oportunidades de defensa, la ejecutoria de providencias desfavorables o la pérdida del proceso (Devis Echandía, 2012, p. 135).

En cuanto a la carga de la prueba, el precitado maestro colombiano, precisa que esta no determina a quién corresponde probar cada hecho, sino qué parte tiene “*interés jurídico*” en su demostración (Devis Echandía, 2012, p. 139). En tal sentido, es posible extraer la diferencia conceptual entre aquella y la noción de deber.

Descendiendo al estatuto procesal colombiano (art. 167), se advierte que este mantuvo la regla atinente al *onus probandi*, como regla general, contenida en el Código de Procedimiento Civil (art. 177). En tal sentido, corresponde a cada parte “...probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Así las cosas, quien pretenda el reconocimiento de un derecho tendrá que demostrar los supuestos fácticos que sustentan su pretensión y, quien la contradiga, deberá acometer igual tarea, basado en los hechos impeditivos, modificativos o extintivos de esta (Ramírez & Meroi, 2020, p. 233).

Rosenberg, citado por la Corte Constitucional (2016), define dicha carga como:

...la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero (p. 31).

En ese mismo sentido, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria ha referido que la manifestación de dicha facultad por las partes conlleva la pretensión de convencimiento al juez a efectos de que emita pronunciamiento favorable con relación a los ruegos que se le ponen de presente (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2010).

De lo anterior, es posible colegir el sentido subjetivo del *onus probandi* o, lo que es lo mismo, entendido como regla de conducta a través de la cual se determinan e impulsan las iniciativas probatorias de las partes (Taruffo, 2019, p. 17).

Sin embargo, no es sino en la acepción objetiva de dicha figura en la que se aprecia su utilidad como complemento de la anterior definición y como medio supletivo ante la falta de prueba a efectos de evitar el *non liquet* o los fallos inhibitorios.

En palabras del maestro italiano Michele Taruffo (2019), la carga de la prueba, en sentido objetivo, o como regla de juicio, es un remedio a la falta de prueba. En consecuencia, se encuentra supeditado al “...evento en que un hecho relevante no resulta probado, y establece como consecuencia la derrota de la parte que había invocado ese hecho como fundamento de su demanda o de su excepción” (pp. 17-18). Así, el juez se encuentra ante la posibilidad de proferir

un fallo, incluso en los eventos en que haya ausencia de medios probatorios con relación a un determinado hecho.

Tal es el sentir de Hernando Devis Echandía (2012, p. 138) que, a la sazón, señala cómo dicho concepto le indica al juzgador el sentido de la decisión cuando no encuentra medios probatorios que fundamenten los supuestos fácticos en los cuales aquella debe fundarse. De manera que, puede proferir fallo de fondo, evitando uno inhibitorio.

De otra parte, Ferrer (2019, pp. 58-59) indica que la figura bajo análisis responde a la cuestión de quién pierde ante la ausencia de prueba suficiente, de tal modo, esa será la suerte del actor o el demandado reconviniente si no hay elementos demostrativos de la demanda o la reconvencción y, lo propio ocurrirá con el demandado o el actor reconvenido, en caso de no hallarse acreditados los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

En síntesis, se trata de una regla de juicio ligada directamente a la carga que deben asumir las partes con relación a la demostración de los hechos en que basan sus pretensiones o excepciones, a la manera de los preceptuado en el inciso 1° del artículo 167 del Código General del Proceso y, como tal, tiene la virtualidad de derivar consecuencias negativas para aquellas en caso de no satisfacerlas, a saber, la pérdida del juicio.

Ahora bien, en cuanto a la acepción subjetiva de la noción jurídica analizada, Azula Camacho (2020, p. 46) la define como una regla de conducta para las partes, cuya observancia va determinada por la necesidad de ejercer todas las actuaciones requeridas para el establecimiento de los fundamentos de hecho en que apoyan su derecho en el proceso, pretensiones o excepciones.

Así, no existe controversia en cuanto a esa concepción, pues tal es el tratamiento que le han dado diversos autores con algunos matices o precisiones. De un lado, Devis Echandía (2012) se refiere a una norma que “...les señala [a las partes] cuáles hechos les conviene que sean probados en cada proceso, a fin de obtener una decisión favorable (...), no obstante dejarlas en libertad de no hacerlo” (p. 139). Y, es precisamente esto último, lo que permite hablar de una carga, que no de un deber, por lo que, en términos del autor en cita, tal cual se dijo en precedencia, para los extremos litigiosos, existe más un *interés jurídico*, respecto a la comprobación de ciertos hechos.

De otra parte, Rosenberg citado por Ferrer (2019), sostiene que:

La circunstancia de que la incertidumbre acerca de un hecho pueda significar la pérdida del proceso para una parte [...] tiene como consecuencia evidente, que esta

parte se esfuer[ce] y deba esforzarse por aclarar la situación de hecho discutida para evitar el resultado desfavorable del pleito (pp. 59-60).

No obstante, para el último de los aludidos doctrinantes, esa correlación entre la carga objetiva y la subjetiva no es una “consecuencia lógica” sino que, más bien, aquella incentiva de algún modo a la parte cuyas peticiones no serán acogidas ante la ausencia de prueba de los hechos que las sustentan (Ferrer, 2019, p. 70).

Y, derivado de lo anterior, concluye que en virtud del principio de comunidad de la prueba, a más de las facultades oficiosas del juez para practicarlas y decretarlas, no existe razón alguna para sostener la existencia de la carga probatoria como regla de conducta o subjetiva, pues una parte ni siquiera tendrá necesidad de aportar medios de convicción para sostener un hecho y obtener un resultado favorable, dado que este puede lograrse por la actividad de otros agentes procesales; bien el juez, ora su contraparte (Ferrer, 2019, p. 72).

En tal sentido, es posible establecer que, en términos probatorios, el lugar del juez ya no se circunscribe a observar la actividad de las partes, sino que le corresponde asumir también un papel preponderante, el que encuentra inspiración en reglas procesales, pero también en garantías como el derecho fundamental a la prueba y algunos principios íntimamente relacionados con el modelo de Estado Social de Derecho, como pasa a verse.

2.3 El rol del juez a la luz de los principios orientadores del ordenamiento jurídico

De conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia, la Administración de Justicia es una función pública y, como tal, impone ciertos deberes en cabeza del juez. Por consecuencia, en dicho funcionario se encuentra la pretensión de materializar los propósitos constitucionales en materia de justicia.

En ese orden de ideas:

...implica la realización material de los fines del Estado Social de Derecho, pues a través de esta función pública, entre otras, el Estado garantiza un orden político, económico y social justo, promueve la convivencia pacífica, vela por el respeto a la legalidad y la dignidad humana, y asegura la protección de los asociados en su vida,

honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas (Colombia. Corte Constitucional, 2018, p. 26).

Del mismo modo, el estatuto procesal colombiano estableció en sus cánones 11 y 12 el rol de los procedimientos como garantía de la efectivización de los derechos sustanciales, la necesidad de acudir a los principios constitucionales a efectos de interpretar la ley procesal y la calidad supletiva de esos valores superiores ante los vacíos contenidos en esa normativa.

Ya en el plano probatorio y para los intereses de este escrito, resulta pertinente resaltar el inciso 2° del artículo 165 *ejusdem* en cuanto a la práctica de los medios de prueba no previstos con observancia de las garantías y principios de raigambre superior y la necesidad de la prueba de oficio para *esclarecer los hechos objeto de la controversia* (art. 170).

Con relación a esto último, la Corte Constitucional (2014, p. 24) ha sido enfática al señalar que las labores aspiracionales que tiene el pueblo colombiano respecto al funcionario judicial son las de lograr la obtención del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad, como mandatos que constituyen un ideal de justicia material.

Lo anterior, sumado a la igualdad real de las partes (Código General del Proceso, art. 4°), evidencia el alejamiento del juez con relación a su sumisión ciega a la ley y la lucha por obtener la realización de preceptos superiores o de carácter constitucional, que se presume deben inspirar la producción de aquella; pero que, cuando ello no ocurre, deben prevalecer.

De tal manera, el escenario procesal no solo examina hechos y pruebas en un mero ejercicio de subsunción conforme a disposiciones y reglas preestablecidas, sino que, en épocas de los Estados Sociales y de Derecho, impone la necesidad de realizar un examen con relación a la calidad de los extremos litigiosos, los que encuentran un grado de protección especial a través de mecanismos que orientan la labor de la judicatura, otro de esos escenarios se advierte en la incorporación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas que, como se verá en líneas siguientes, se fundamentan en ese tipo de aspiraciones.

3. La carga dinámica de la prueba

El inciso segundo del Código General del Proceso dispone que “*según las particularidades del caso*”, el funcionario judicial, de oficio o a petición de parte, podrá distribuir la carga al decretar las pruebas, bien durante la práctica, ora en cualquier momento del proceso antes de dictar el fallo.

En orden a lo anterior, deberá asumir esa posición el extremo litigioso que se encuentre en una posición más favorable para allegar las evidencias al proceso o para esclarecer los fundamentos fácticos objeto de debate. Siendo que, a efectos de tomar esa decisión, le incumbe al juez determinar si aquel tiene más cercanía con el material probatorio, tiene el objeto de prueba en su poder, ha intervenido directamente en los hechos alegados, si existe una circunstancia técnica especial o si su contraparte se encuentra en estado de indefensión o incapacidad, entre otras circunstancias relacionadas.

En tal sentido, el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, al analizar la constitucionalidad de la expresión “podrá” contenida en la mentada disposición, indicó que el surgimiento de las cargas dinámicas, se abrió paso por cuenta de que “*...en algunos casos surgía una asimetría entre las partes o se requería de un nivel alto de especialización técnica o científica que dificultaba a quien alegaba un hecho demostrarlo en el proceso...*” (Corte Constitucional, 2016, p. 33).

En ese sentido, se advierte la función jurisdiccional, el juez y, en suma, el proceso, no solo como escenario de debate a efectos de la solución de las controversias que se ponen en su conocimiento, sino también, tal cual se advirtió, como medio para lograr la realización de fines como la igualdad, la solidaridad, la justicia material y la búsqueda de la verdad, los que, *prima facie*, no se aprecian como elementos esenciales de su ejercicio.

De la misma manera, si bien declaró la exequibilidad del concepto bajo análisis, la Corporación en cuestión ha divisado una respuesta a uno de los aspectos problemáticos de la figura examinada, en el sentido de indicar que no se trata de una cuestión facultativa, sino que, “*...una vez probada la existencia de un trato desigual para iguales o un trato igual para desiguales, la carga probatoria se invierte*” (Corte Constitucional, 2016, p. 35), lo cual cobra mayor sentido si se entiende la prueba como un verdadero derecho fundamental.

A pesar de lo anterior, si se examina un pronunciamiento reciente de la Corte Suprema de Justicia (2017, p. 80), se advierte una posible contradicción entre ambas Corporaciones, pues aquella consideró que la distribución probatoria no depende de las particularidades del caso, de la actuación de los sujetos procesales o su mayor o menor cercanía con las evidencias, pues está

prefigurada *a priori* por una norma sustancial de carácter impersonal, general y abstracto y el juez no puede desconocerla sin alterar ese mandato. De modo que, estaría creando y aplicando una “*norma jurídica nueva*” para cada situación concreta, lo cual desconocería lo que el derecho es.

Dicho lo anterior, a continuación se analizan dos cuestiones atinentes a la problematización de las cargas probatorias dinámicas, de una parte, si cuando la autoridad judicial les da aplicación, cual es la consecuencia que sufre la parte a la cual se le pidió “probar” un hecho que no alegó, cuando no logra tal cometido. Y, por otro lado, si de lo que se trata esa figura es de un deber de colaboración de las partes con la justicia para allegar al proceso todas las evidencias que se encuentren en su poder y, una obligación del juez, para garantizar, a través de los poderes que la ley le otorga, dicha aportación.

3.1 ¿Es posible establecer una regla de juicio en aplicación del dinamismo probatorio?

Rememorando lo señalado en precedencia, con relación a la carga de la prueba en sentido objetivo, se advierte que la parte con un *interés jurídico* en que se demuestre un hecho relevante en el proceso deberá asumir las consecuencias de que ello no ocurra, a saber, el no acogimiento de sus pretensiones o excepciones.

Sin embargo, no resulta claro qué ocurre con la parte en contra de la cual se ha aplicado la regla del dinamismo probatorio, cuando no ha satisfecho lo que el juez le ha impuesto; no obstante, previo a abordar ese cuestionamiento, resulta importante preguntarse qué es lo que le corresponde demostrar a ese extremo procesal en aplicación de dicho mandato.

De entrada, es posible colegir que, si al sujeto B se le ha impuesto la carga dinámica de la prueba, con relación a un hecho alegado por A, no puede exigírsele su comprobación en los términos esbozados por este, pues en ese caso estaría actuando en contra de su propio interés. Siguiendo con esa esquematización, cuando A hace la manifestación “X” y el juez considera que B se encuentra en mejor posición para probar, conforme al inciso segundo del artículo 167 del estatuto procesal general, corresponderá a este la demostración de “no X” pues, con relación a la afirmación primigenia, ningún interés jurídico le asiste en su acreditación dentro del proceso.

Ahora bien, volviendo sobre el punto de este apartado, con relación al efecto que sufre el sujeto en contra del cual se ha efectuado la “inversión” probatoria, cuando no logra satisfacer los efectos de esa decisión, pueden establecerse dos cuestiones: 1. Que a pesar de su diligencia o

esmero no logre llegar a “no X” y 2. Que, contrariamente a lo determinado por el juez, adopte una actitud pasiva o renuente para aportar los medios de prueba o para comprobar lo que se la ha pedido.

Sea cual sea el caso, bajo el principio de estricta legalidad, la disposición precitada no le otorgó al funcionario director del proceso, la posibilidad de aplicar una regla de juicio ante tales eventos, consistente en la pérdida del proceso para, volviendo al ejemplo anterior, el sujeto B. Siendo que, queda incólume lo preceptuado por su inciso primero, en cuanto a que la no demostración de un determinado hecho solo perjudicará a quien lo haya alegado.

A ese respecto, el maestro Taruffo (2019, p. 13) ha sido enfático al expresar que en el momento en que el juez da aplicación al dinamismo probatorio, se sirve de una discrecionalidad que raya con la arbitrariedad, a más de que, al “manipular” las cargas de la prueba se anticipa la decisión de fondo y se adoptaría una decisión distinta a la que se acogería de la correcta aplicación del Derecho.

En cuanto a este último corolario, es coincidente la propuesta de Giannini (2019, p. 105), al considerar que la cuestión radica en la manera como deben entenderse los términos. Por lo que, no se trata de cargar a la parte que se encuentra en mejor posición probatoria, obligándola a acometer la tarea de probar un hecho que no ha alegado, sino de la aplicación del principio de colaboración.

Por otra parte, Acero (2015) coincide con lo precitado y, desde un perspectiva lógico-jurídica, señala que, aceptar que el sistema de carga dinámica comporta una regla de juicio similar al de carga estática, sería:

...aceptar que en tales casos el juez estaría presumiendo el supuesto fáctico no probado, solo por el hecho de existir una situación de favorabilidad, aparente o real, de la parte contraria, y que por el ‘incomplimiento’ de la nueva carga impuesta al reo tal presunción no fue rebatida (p. 215).

Llegados a ese punto, a en el acápite subsiguiente se analiza la postura de la Corte Suprema de Justicia, con la cual coincide, en cierto modo, el profesor Leandro Giannini, respecto al entendimiento que debe dársele a la teoría del dinamismo probatorio.

3.2 Los deberes de aportación como modo de entender la carga dinámica de la prueba

El Tribunal último de la jurisdicción ordinaria, tal cual se dijo en líneas precedentes, refirió, al analizar el artículo 167 del estatuto procesal, que la única interpretación que podría darse a su inciso segundo es como regla de aportación o suministro de pruebas, pues una conclusión diferente, en el sentido de carga subjetiva probatoria, con las implicaciones que conlleva, no solo se constituye una lesión en términos de imparcialidad, sino, incluso, en cuanto al principio de legalidad como pilar esencial de nuestro ordenamiento jurídico (Corte Suprema de Justicia, 2017, pp. 84-85).

En esa misma línea, es posible poner de presente lo señalado por Benfeld (2020, pp. 62-63), en cuanto al carácter jurídico-imperativo del *onus probandi*, el cual se encuentra justificado desde una perspectiva normativa y no por compromisos relacionados con la averiguación de la verdad.

De esa manera, su contenido solo puede entenderse desde una perspectiva objetiva, en el sentido de determinar “...*qué ha de probarse, quién ha de soportar el juicio adverso y por qué dicho juicio será, en efecto, adverso a una de las partes*”; cuestión que entraña una generalización normativa de carácter legislativo que apunta a la seguridad jurídica (Benfeld, 2020, p. 60).

En tal sentido, es concordante lo propuesto por Giannini (2019, p. 106) en cuanto a que, por no tratarse de la inversión de la carga probatoria, sino de la asunción de un deber establecido en la ley, cuando esa parte se muestra reacia al acatamiento de tal prerrogativa, se extraerá de su conducta un indicio contrario a su posición procesal. Sin embargo, cuando efectivamente se conduce de la manera en que el juez se lo ha indicado, cooperando, pero, aun así, no ha sido posible generar certidumbre con relación al hecho, ello no incidirá negativamente para sí, sino para quien lo afirmó.

En ese mismo sentido, Ferrer (2019) expone que la carga dinámica de la prueba lleva tras de sí un fundamento último de carácter epistemológico, consistente en la maximización de la aportación de las pruebas relevantes al proceso. Empero, que ese no es el mecanismo idóneo para ello, por lo que deben examinarse otros mecanismos que incentiven dicha conducta en las partes, entre las cuales destaca el establecimiento de verdaderos deberes orientados al descubrimiento de las pruebas, respaldados en sus respectivas sanciones y limitar “...*que la parte requirente solicit[e] una gran cantidad de información a la contraria simplemente a la búsqueda errática de algún dato que pudiera serle de utilidad*” (p. 83).

Corolario de lo anterior, es la postura que la citada Corporación y lo mentados autores asumen, con relación a la carga de la prueba, como una cuestión meramente procesal prefigurada en la ley y los remedios que la norma misma trae con miras a que al proceso se incorporen todos los medios de convicción que resulten relevantes; para el caso colombiano, es pertinente resaltar cómo el Código General del Proceso amplió los poderes del juez en ese sentido e incorporó ciertas responsabilidades para los extremos de la *Litis*, siendo posible extraer aspectos trascendentales como los poderes y deberes que le asisten a ese funcionario (arts. 42 y 43), los deberes de las partes y sus apoderados (art. 78) y la posibilidad de extraer indicios de la conducta de las partes (arts. 241 y 242).

En ese orden de ideas, más allá de la conclusión esbozada por la aludida Corte, es importante traer a colación, cómo en la misma providencia en cita, previendo la fundamentación filosófica que se ha hecho precedentemente del dinamismo probatorio, en cuanto a principios constitucionales como la igualdad, equidad, solidaridad, la verdad y la justicia material, expresó que el descubrimiento de la verdad cuyo interés le asiste al proceso no puede dejar de lado el principio de necesidad contenido en el artículo 164 *ejusdem*, sino que corresponde a una correcta identificación del tema y objeto de la prueba. De modo que, ello se complementa con el deber-obligación de las partes de aportar los elementos de conocimiento que se encuentran en sus verdaderas posibilidades y “...con la inteligente, acuciosa y esmerada valoración racional de las evidencias por parte del juez” (Corte Suprema de Justicia, 2017, p. 85).

Dicho lo anterior, no queda más que analizar la manera en que los distintos autores y tribunales referenciados han entendido el concepto de dinamismo probatorio, intentando determinar si se trata de posturas irreconciliables o si, *a contrario sensu*, se advierten posibilidades de integración en aras de construir una nueva propuesta para su entendimiento y, sobre todo, aplicación. A continuación, se intentará dar cuenta del resultado de realizar tal esfuerzo.

3.3 Discusiones en torno a los fines democráticos del proceso y los límites de la carga dinámica de la prueba: de la carga al deber procesal

En el presente acápite se desarrollarán tres puntos a efectos de poder condensar las consideraciones hechas en líneas anteriores, en aras de ofrecer nuevos elementos acerca de la discusión en torno al dinamismo probatorio y su correcto entendimiento. Así, en primer lugar, se

esbozará la acepción de carga dinámica en un sentido subjetivo; a segundo reglón, se analizará la diferencia conceptual de entenderlo como carga y como deber de aportación y su relación con los fines democráticos del proceso y, por último, se indicarán algunos límites de dicha figura como manera de satisfacer principios como el de igualdad, solidaridad, verdad y justicia.

En orden a lo anterior, es posible analizar la carga dinámica de la prueba desde la perspectiva subjetiva del *onus probandi*. En ese sentido, bueno es rememorar que su entendimiento desde la concepción objetiva o de regla de juicio, conllevaría consecuencias no deseables en términos del principio de legalidad, pues no podría derivarse la consecuencia de pérdida del proceso en contra de la parte a la que se ha conducido a demostrar un hecho o, más bien, su ocurrencia de manera distinta a la afirmada por la contraparte (Corte Suprema de Justicia, 2017, p. 84-85).

De modo que, no queda más que determinar si la carga dinámica de la prueba resulta en un incentivo para que las partes alleguen al proceso las evidencias que tienen en su poder. Así, basta con definir el término carga para elucidar que ello no es así.

En tal sentido, Devis Echandía (2012, p. 136) advierte que, en un sentido general, ese concepto puede ser definido como un poder o facultad de ejercer ciertos actos previstos en las normas, de manera libre, sin coacción, sin que exista derecho alguno de otro para exigir su acatamiento, pero que, de no hacerse, acarreará consecuencias desfavorables.

Ahora bien, en cuanto a la carga de la prueba en sentido estricto, refiere el laureado maestro, que se trata de una noción procesal que, por un lado, indica al juez cómo debe fallar ante la ausencia de prueba y, por otro, establece qué hechos interesa probar a qué parte, a efectos de evitar las consecuencias negativas para ella o favorables a la contraparte (Devis Echandía, 2012, p. 138).

Ahora bien, si ello lo trasladamos al escenario de la “prueba dinámica”, no podría decirse que la parte a la cual se le ha asignado la prueba de un hecho que no alegó o allegar los elementos de convicción relacionados con este, tenga interés jurídico o un incentivo alguno en ello, pues de su no demostración dependerá el éxito de sus pretensiones o excepciones. Por lo que, si se tratara de una carga en estricto sentido, las consecuencias de su no acreditación recaerían solo en ella, pero, se itera, ello no puede ser de tal manera, por lo menos, partiendo de la noción de regla de juicio del *onus probandi*.

Siendo que, como evidentemente no se podría librar tan nefasta consecuencia para dicho extremo procesal, como la pérdida del proceso ante la no demostración de un hecho relevante y

alegado por su contendor, estaríamos en presencia de dos escenarios: de un lado, que por más esfuerzos que realice en ese sentido, no se logre clarificarlo, bien desvirtuándolo, ora reafirmando y, por otro, que asuma una actitud renuente (Giannini, 2019, p. 103).

Así, en el primer caso, ninguna consecuencia podría sufrir, mientras que, en el segundo, volviendo a Giannini (2019, p. 106), a lo sumo, se derivaría un indicio en contra de su posición procesal. En consecuencia, de aceptarse esto último, ya no estaríamos ante la aplicación de la noción de carga procesal, sino de un deber, en los términos de la Corte Suprema de Justicia (2017), como pasa a verse.

Como segundo punto de análisis y en consonancia con lo anterior, es pertinente resaltar que existen diferencias conceptuales entre entender la carga dinámica de la prueba como inversión o distribución probatoria y como deber de aportación. La primera acepción, más aún si se atiende a la redacción literal y desprevénida del artículo 167 del Código General del Proceso, invita a pensar en una facultad del juez para, en cualquier momento antes de fallar, determine qué parte debe probar determinado hecho y, de hacerse una lectura poco acuciosa, se podría creer que, de no hacerlo, sufrirá consecuencias contrarias a sus intereses procesales, incluyendo el riesgo de que no se acojan sus pretensiones o excepciones, según el extremo de que se trate.

Mientras que, partiendo del segundo significado, es plausible decir que se trata de una reafirmación de los poderes del funcionario director del proceso, correlacionados con los deberes que asisten a las partes en términos de lealtad procesal, a más de la posibilidad de que dicho funcionario, en uso de aquellos, obligue a estas a conducirse de una determinada manera o, en caso contrario, aplique las sanciones correspondientes a su renuencia.

En ese sentido, Calvino (2020, p. 195) considera que el dinamismo probatorio adolece de argumentos desmontables si se atiende a que: 1. No respeta el *onus probandi* como fenómeno jurídico, dejándola al arbitrio jurisdiccional. 2. Los parámetros de distribución, a saber, la estimación de la parte en mejores condiciones de probar o los criterios de facilidad y disponibilidad, son débiles o no muy claros. 3. Se trata de un reparto jurisdiccional de las consecuencias de la falta de prueba y 4. existe una confusión conceptual entre carga de la prueba y deber de aportación, pues este último no afecta las reglas de aquella.

Ahora bien, es precisamente este último punto el que pone de manifiesto la contraposición mencionada al inicio de este punto de discusión, siendo que, de interpretarse la distribución probatoria en términos de aportación, conforme a la Corte Suprema de Justicia (2017), no solo se

soslayarían los problemas de legalidad relacionados con derivar la consecuencia de pérdida del proceso en contra de quien se ha establecido el deber de allegar un determinado medio de convicción, sino que, además, se vaciaría de contenido, casi por completo, aquella figura y el inciso segundo del pluricitado artículo 167, pues como bien se dijo, las reglas que gobiernan los deberes al interior del proceso se encuentran distribuidas en múltiples disposiciones de la normativa procesal, incluyendo las relacionadas con los poderes del juez y el comportamiento de los extremos procesales.

De modo que, el derivar consecuencias probatorias de la conducta de la parte que no suministra una prueba, se enmarca en el concepto de deber y ya no en el de carga. En ese sentido, bueno es rememorar que este último término se relaciona con el denominado “imperativo del propio interés”; esto es, que quien se conduce de la manera en que ello se lo impone, solo obtiene provecho para sí, a la vez que, el no hacerlo, también le acarrea consecuencias contrarias a su posición procesal (Prieto y Quintero, 2008, citados Posada, 2020, p. 109).

Mientras que, en tratándose de deberes de las partes, como el de allegar todos los medios de prueba que se encuentren en su poder, no solo acarreará sanciones que pueden afectar sus intereses, por ejemplo, el indicio grave en contra, sino que, por demás, también atañe a favorecer a la contraparte (Posada, 2020, p. 111).

Ahora bien, aun cuando en precedencia se fundamentó la incorporación del dinamismo probatorio en cuestiones como la satisfacción de prerrogativas de raigambre superior como el derecho a la igualdad y a la prueba o principios como el de equidad y la justicia, la acepción de deber procesal no riñe con ninguno de ellos.

Siguiendo con el citado autor, cuando de la ley se extraen consecuencias derivadas de la conducta procesal de las partes, lo que resulta verdaderamente importante no es la parte que se beneficia o se perjudica cuando una conducta probatoria no se realiza, sino que “...*lo que protege el legislador debe ser el interés público del proceso, que en el caso específico se ve reflejado en el acceso a la fuente de prueba y, por ende, la protección del derecho a la prueba*” (Posada, 2020, p. 111).

De lo anterior, es posible concluir, entonces, que también en el concepto de deber subyace la “democratización” del proceso manifestada en lograr fines superiores, cual, como se dijo, es también uno de los deberes constitucionales de la jurisdicción; empero, no se sacrifican otras reglas procesales imperativas como la del *onus probandi*.

Pero, por si lo anterior no fuera poco y como último punto de este acápite, es posible expresar que la carga dinámica no satisface realmente los principios que la fundamentan por dos cuestiones trascendentales: la “maximización” de los poderes y facultades de la autoridad judicial y el hecho de que, por sí misma, no puede erradicar las condiciones en que los sujetos llegan al proceso, sobre todo, en tratándose de los supuestos de distribución probatoria relacionados con el estado de indefensión o incapacidad de la contraparte.

En cuanto al postulado inicial, Bordialí (2020) considera que el uso discrecional de la potestad que pone el dinamismo probatorio en cabeza del juez, no solo comporta consecuencias negativas con relación al derecho de defensa y una afectación al principio de seguridad jurídica, sino que, además, resulta menos gravosa “...la utilización de otros instrumentos diferentes a una alteración de la carga de la prueba en los términos de la carga dinámica de la misma, lo que permite, además, acercarse de mejor manera a la verdad” (p. 214).

En tal sentido, aboga por la posibilidad de dotar a la judicatura de poderes oficiosos y la introducción de verdaderos deberes que inciten a las partes a aportar las pruebas que se encuentren en su poder, so pena de las consecuencias que sean del caso (Bordialí, 2020, p. 214). Lo anterior, comporta un gran sentido en el caso colombiano, dada la inmersión de su sistema de enjuiciamiento civil con un carácter mixto, según se dijo en líneas iniciales, en los que se conjugan rasgos dispositivos e inquisitivos.

A ese respecto, la Corte Constitucional (2003) considera que tales poderes resultan suficientes para el aseguramiento del proceso sin dilaciones injustificadas y en el que las partes cumplan las cargas que deben asumir, dentro de los estrictos márgenes de la lealtad procesal y el principio de la buena fe. Entre dichas potestades señala: 1. Los poderes de decisión para la decisión del litigio. 2. Los poderes de coerción, que lo facultan para la realización coactiva del derecho y 3. los poderes de ordenación y documentación, que le permiten decretar pruebas de oficio e impulsar el proceso.

Del mismo modo, cabe apuntar cómo el Consejo de Estado (2006) citado por Pérez (2011), abandonó la teoría del dinamismo, partiendo de la importancia que cobran los indicios en materia probatoria. Con relación a ello, apuntó esa Corporación que no resulta necesario modificar las reglas preestablecidas para extraer consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad, sino que, de la renuencia a aportar un determinado documento o ejercer una determinada conducta,

por uno de los extremos litigiosos, “...puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses” (p. 214).

Ahora bien, en cuanto al segundo postulado, la carga dinámica de la prueba no puede, en modo alguno, erradicar la desigualdad en que las partes llegan al proceso. Para ello, basta con volver sobre a la esquematización realizada en apartados anteriores. Así, si el juez considera que por el estado de indefensión de A se le libra de la carga de probar “X” y se la impone a B, a fin de que demuestre “no X”, ¿qué pasaría con el primero de dichos sujetos cuando este último logra su cometido? ¿cómo se garantizaría allí su derecho de defensa teniendo en cuenta su incapacidad o sus condiciones particulares?

Como una respuesta inicial a los cuestionamientos anteriores, es pertinente señalar que, por más que se haya librado a una parte de acreditar un determinado hecho, ello no incide especialmente en la manera como llega al proceso, advirtiéndose, además, que la distribución probatoria por parte del funcionario judicial, podría incidir negativamente en su posición en términos del derecho de defensa, según el supuesto anterior.

De modo que, son esos escenarios los que invitan a prescindir de dicha distribución judicial de la carga de probar y a poner en marcha los poderes y facultades con que cuenta el juez en función del recaudo probatorio y la demostración de los hechos, según se dijo en precedencia, los que, indefectiblemente, incidirán de mejor manera en el logro de fines como la igualdad, la verdad o la justicia material.

En ese orden, resulta importante traer a colación la propuesta del profesor Nieva Fenoll (2019, pp. 39-40), en cuanto a que, en los sistemas contemporáneos, en los que campean los principios de comunidad de la prueba y de libertad probatoria, nada aporta al proceso, no solo el esquema de las cargas dinámicas, sino también, el de carga probatoria en sentido general. Así, no es importante determinar a quién corresponde probar los supuestos de hecho que se ponen de presente o quién los ha afirmado, sino que interesa indagar su veracidad.

En tal sentido, no tendría ninguna relevancia llamar eso como carga, bien en sentido subjetivo, ora como regla de juicio. Siendo que, la falta de prueba con relación a un hecho va a desfavorecer a quien pretenda la aplicación de la consecuencia jurídica que este soporta, pero dicho análisis tiene que ver con la parte final del proceso, ante un supuesto de *déficit* probatorio, que no, al momento de la práctica, pues ello es producto de la valoración, y no depende de ningún tipo de exigencia procesal (Nieva Fenoll, 2019, p. 40).

Y adiciona, que en el sistema de libre valoración los hechos se someten a prueba sin importar quién aporte el medio de convicción, por lo que las partes no pueden asumir una posición pasiva en la que aspiren a que su contraria no demuestre los hechos que le resultan de interés, sino que “...tiene[n] que aportar la prueba necesaria para intentar ganar el proceso. Hacer lo contrario sería altamente imprudente, exista o no el criterio de la facilidad probatoria” (Nieva Fenoll, 2019, p. 48).

Corolario, si bien el citado autor esboza la inutilidad del concepto de carga de la prueba, cuestión que no se comparte, lo que se aprecia como verdaderamente rescatable de esa postura, es que se trataría de un proceso ideal, en el que los contendores alleguen, sin excepción alguna, los medios que se encuentran en su poder, pero que, descendiéndolo a la realidad, comporta la existencia de las facultades oficiosas del juez, el empleo de sus poderes de direccionamiento del proceso y la existencia de verdaderos deberes procesales para aquellos, en materia probatoria.

Conclusiones

La adopción del modelo de Estado Social de Derecho y la inmersión del sistema procesal civil colombiano con características dispositivas e inquisitivas, ha conllevado el arraigo de nuevas facultades y poderes del juez, más aún, si se advierte que desde el mismo texto constitucional se le imponen a este unos deberes consistentes en la satisfacción de fines y principios que se advierten de raigambre superior, entre ellos, la igualdad, la equidad, la solidaridad y la verdad, como presupuesto de justicia material, los que sustentan nuestro régimen democrático y, por contera, se trasladan al escenario judicial.

En ese orden de ideas, sobresalen cuestiones como la prueba de oficio, que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, dejó de ser una mera facultad y se convirtió en un deber, en los casos que así lo ameriten. Ello, cobra mayor fuerza si se atiende a la redacción del artículo 170 del Código General del Proceso.

En ese escenario y partiendo de la misma fundamentación, la normativa en cuestión introdujo la denominada carga dinámica de la prueba, como la posibilidad de que la autoridad jurisdiccional “pueda” decidir, basada en cuestiones de disponibilidad, facilidad o incapacidad probatoria, a qué parte le es mejor posible acometer la demostración de los hechos relevantes del proceso.

En ese sentido, partiendo de la definición de carga procesal, se considera que el dinamismo probatorio no encarna las características de dicha categoría jurídica, menos si se trata en relación con la prueba judicial. De una parte, porque su aplicación como regla de juicio o de la noción objetiva del *onus probandi* conllevaría, en los términos analizados por la Corte Suprema de Justicia, consecuencias nefastas respecto al principio de legalidad, dado el carácter jurídico imperativo de esta regla y la posibilidad de que el juez, para cada caso concreto, cree una nueva norma jurídica, cuestión que escapa a su margen de acción.

A más de ello, porque si de justicia se trata, según lo dicho por la citada Corporación, el proceso debe decidirse teniendo en cuenta los elementos de juicio que al él se alleguen, partiendo del cumplimiento del deber que tienen las partes para aportar los elementos que se encuentren en sus verdaderas posibilidades y la valoración racional de las evidencias por parte de la autoridad judicial; lo anterior, teniendo como trasfondo el principio de necesidad.

Del mismo modo, la distribución procesal de la carga de la prueba tampoco satisface la pretensión de ser un incentivo para que las partes incorporen los medios de convicción a su alcance, máxime porque su aplicación depende de la decisión judicial, pero también, porque si de una carga se tratara, las partes tendrán la posibilidad de conducirse de esa manera o no. Siendo que, si en este último evento, se deriva una consecuencia negativa en contra de la parte a la que se le ha impuesto el objetivo de elucidar un hecho que no fue alegado por ella, entonces ya nos encontramos en el escenario de los deberes procesales.

En ese orden de ideas, el acopio de los medios de prueba dentro del proceso no depende de cuestiones de facilidad, disponibilidad o incapacidad, sino de la correcta utilización de los poderes con que cuenta el juez para que las partes cumplan con sus deberes procesales en ese sentido, los que de no materializarse les acarrearán consecuencias contrarias a sus intereses. Lo anterior resulta mayormente efectivo, si se usan de manera adecuada las potestades de dicho funcionario en el decreto oficioso de pruebas, las que, desde el estatuto procesal mismo, pueden ser controvertidas por las partes (art. 170, inc. 2º) y, del mismo modo, fungen como mecanismo supletivo de las cargas probatorias de los extremos litigiosos (Colombia. Corte Constitucional, 2014, p. 24).

Del mismo modo, a pesar de la aspiración de que figuras procesales como la carga dinámica de la prueba posibiliten la materialización de principios democráticos en el escenario procesal, los problemas de su aplicación, en los términos vistos, acarrearán consecuencias no deseables en

cualquier sistema de enjuiciamiento civil, tales como el sacrificio el principio de legalidad e, incluso, la separación de poderes.

A ese respecto, bueno es traer a colación lo señalado por Zagrebelsky (2011, p. 125) respecto a que los Estados actuales deben abogar por lograr Constituciones pluralistas, en las que ningún principio o valor se erija por encima de los demás con un carácter absoluto, para lo cual resulta indispensable su prudente ponderación, cuestión que resulta igualmente aplicable al tan anhelado propósito de tener decisiones judiciales cada vez más “justas”.

Referencias

- Acero, L. (2015). Modificación al régimen de la carga de la prueba en el Código General del Proceso. En: Cruz, H. -coordinador- (2015). *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. Ediciones Uniandes.
- Aguirrezabal, M. (2017). El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. *Revista de Derecho Privado*, 32, pp. 423-441.
- Azula Camacho, J. (2020). *Manual de derecho procesal: Tomo VI. Pruebas judiciales*. Editorial Temis.
- Benfeld Escobar, J. (2020). A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de *onus probandi*. *Estudios de Derecho*, 77(170), pp. 47-70.
- Bordalí Salamanca, A. (2020). La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas. *Estudios de Derecho*, 77(170), pp. 201-225.
- Calvinho, G. (2020). A favor de la carga de la prueba. *Estudios de Derecho*, 77(170), pp. 167-199.
- Colombia. Congreso de la República (2012). *Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial.
- Colombia. Corte Constitucional (1998). *Sentencia SU-747 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2000). *Sentencia C-1270 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell*. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Corte Constitucional.

- Colombia. Corte Constitucional (2003). *Sentencia C-874 de 2003*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2014). *Sentencia SU-768 de 2014*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2016). *Sentencia C-086 de 2016*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2018). *Sentencia T-421 de 2018*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2019). *Sentencia C-031 de 2019*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia (2010). *Sentencia Rad. 23001-31-10-002-1998-00467-01*. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia (2017). *Sentencia SC9193-2017*. Rad. 11001-31-03-039-2011-00108-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Devis Echandía, H. (2012). *Compendio de derecho procesal. Tomo II*. (11^a Ed.). Editorial Temis.
- Devis Echandía, H. (2019). *Teoría General del Proceso*. Cuarta reimpresión. Editorial Temis.
- Ferrer Beltrán, Jordi. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En: Nieva, J. & otros (2019). *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- Giannini, L. (2019). Revisitando la doctrina de la “carga dinámica de la prueba”. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. En: Nieva, J. & otros (2019). *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2019). La carga de la prueba: Una reliquia histórica que debiera ser abolida. En: Nieva, J. & otros (2019). *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- Pérez Restrepo, J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad-. *Estudios de derecho*, 68(152), pp. 201-225.
- Perico, J. (2017). Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil colombiano para el cumplimiento del derecho sustancial. *Global Iure*, 5, pp. 121-134.
- Posada Botero, J. (2020). La asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes ¿Incumplimiento de una carga o de un deber? *Estudios de Derecho*, 77(170), pp. 95-116.

- Ramírez, D. & Meroi, A. (2020). La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas. *Estudios de Derecho*, 77(170), pp. 227-248.
- Rico, Chavarro D. (2015). Los jueces en la democracia del Estado constitucional. *Derecho y Realidad*, 13(26), pp. 55-71.
- Ruiz Jaramillo, L. (2019). *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Sánchez Novoa, P. (2013). La carga de la prueba en el estado social de derecho. *Revista Academia y Derecho*, 6(4), pp. 75-86.
- Taruffo, M. (2019). Casi una introducción. En: Nieva, J. & otros (2019). *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- Zagrebel'sky, G. (2011). *El derecho dúctil*. Editorial Trotta.