

**TRES PROBLEMAS CONCEPTUALES DE LA CARGA DINÁMICA DE LA
PRUEBA DESDE SU CONSAGRACIÓN EN EL ARTÍCULO 167 DEL CÓDIGO
GENERAL DEL PROCESO**

DIEGO ALEJANDRO RODAS CAÑAS.

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
SECCIONAL MEDELLÍN
ESCUELA DE DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2023**

**TRES PROBLEMAS CONCEPTUALES DE LA CARGA DINÁMICA DE LA
PRUEBA DESDE SU CONSAGRACIÓN EN EL ARTÍCULO 167 DEL CÓDIGO
GENERAL DEL PROCESO**

DIEGO ALEJANDRO RODAS CAÑAS

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho.

Asesor

DR. LUIS FELIPE VICARES PORRAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

SECCIONAL MEDELLÍN

ESCUELA DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

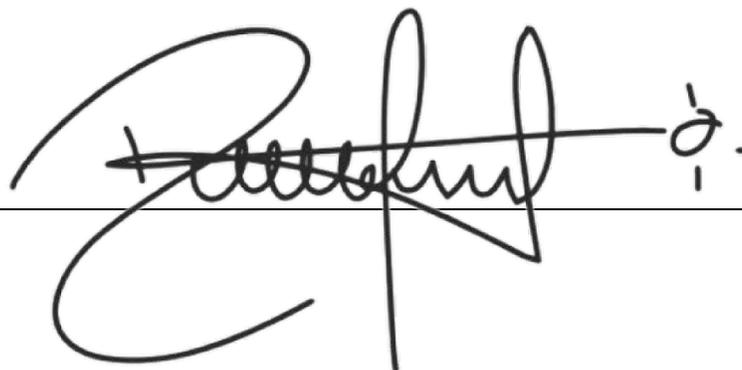
2023

10 de marzo de 2023.

Diego Alejandro Rodas Cañas.

“Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art. 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma



A handwritten signature in black ink, written over a horizontal line. The signature is stylized and appears to be 'Diego Rodas Cañas'. The signature is written in a cursive style with a large initial 'D' and 'R'. The signature is followed by a period and a small mark.

Tres problemas conceptuales de la carga dinámica de la prueba desde su consagración en el artículo 167 del Código General del Proceso¹

Diego Alejandro Rodas Cañas²

Resumen

El siguiente trabajo de investigación presenta un análisis descriptivo y crítico de una problemática que se presenta a nivel del derecho procesal y, específicamente, del derecho probatorio, con respecto a la aplicación y decreto de las pruebas de oficio con base en el principio de la carga dinámica de la prueba por parte de los jueces de la República en su función de administradores de justicia. Lo anterior pretende traer a colación principios como el de igualdad de armas a nivel procesal, a través de un análisis de las tendencias de interpretación judicial sobre cuándo se pueden distribuir las cargas probatorias en el proceso a partir de la interpretación de los medios probatorios allegados para sustentar los hechos y pretensiones del proceso judicial, así como generar propuestas para establecer subreglas para solucionar las problemáticas de la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

Palabras clave: carga dinámica, fallo judicial, prueba de oficio, jurisprudencia

¹ Este artículo es producto del proyecto de investigación desarrollado durante la Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín.

² Abogado, especialista en Derecho Procesal, estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Correo electrónico: hkdiego@hotmail.com / Dirección postal: Carrera 76 A con Calle 26 A – 08 apto. 201; Medellín, Antioquia.

Abstract

The following research work presents a descriptive and critical analysis of a problem presented at the level of procedural law and specifically the law of evidence with respect to the application and decree of ex officio evidence based on the principle of the dynamic burden of proof by the judges of the republic in their role of role as administrators of justice. The foregoing aims to bring up principles such as equality of arms at the procedural level, analyzing the tendencies of judicial interpretation on when the evidentiary burdens can be distributed in the process from the interpretation of the evidence provided to support the facts and claims of the judicial process and generate proposals to establish sub-rules to solve the problems of the application of the dynamic burden of proof.

Keywords: burden of judicial evidence, judicial decision, judicial evidence ex officio, jurisprudence

Resumo

O seguinte trabalho de investigação apresenta uma análise descritiva e crítica de um problema apresentado ao nível do direito processual e, especificamente, do direito da prova no que se refere à aplicação e decreto da prova de ofício com base no princípio do ónus da prova dinâmico. pelos juízes da república no seu papel de administração da justiça. O exposto visa trazer à tona princípios como a igualdade de armas em nível processual, analisando as tendências da interpretação judicial sobre quando os ónus probatórios podem ser distribuídos no processo a partir da

interpretação das provas fornecidas para fundamentar os fatos e as reivindicações. do processo judicial e gerar propostas para o estabelecimento de sub-regras para resolver os problemas da aplicação do ônus da prova dinâmico.

Palavras chave: ônus da prova dinâmico, decisão judicial, prova judicial ex officio, jurisprudencia

Introducción

Dentro de nuestro marco normativo es necesario analizar el uso teórico y práctico del concepto de carga dinámica de la prueba y las dificultades generadas a partir de la interpretación que se le dé a esta. En consecuencia, este trabajo de investigación tiene como objetivo realizar un estudio detallado de los principales retos que aquello traerá tanto para los operadores judiciales como para los abogados litigantes. Para tal efecto, se buscarán respuestas y soluciones en la jurisprudencia nacional y en la doctrina con el fin de diseñar respuestas puntuales que puedan proporcionar soluciones equitativas.

Aunque es evidente que dentro del campo jurídico no existen las verdades absolutas que respondan a criterios perfectos, todo postulado jurídico debe respetar la jerarquía y someterse al orden constitucional. En ocasiones, la jurisprudencia asume posiciones relativas al uso instrumental de la carga dinámica de la prueba sin hacer referencia expresa a la aplicación de esta teoría, pero las decisiones judiciales que van acorde con los lineamientos que cimientan esta teoría generan efectos y consecuencias. Es por esta razón que analizaremos la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que, de algún modo, haga referencia a los problemas conceptuales de la carga dinámica de la prueba, sin importar que se haga o no referencia expresa en ella.

El sistema jurídico como tal posee unos faros conceptuales que iluminan el ordenamiento y que propenden por el adecuado desarrollo de sus normativas. Las disposiciones probatorias no son ajenas a la adecuada conceptualización de sus instituciones. Por consiguiente, los tres principales problemas conceptuales que se

evalúan en este trabajo cobran real relevancia para el ámbito jurídico desde las diferentes posiciones de los actores procesales, entendiendo a estos últimos como las partes y el juez.

Aquí radica la importancia de estudiar conceptualmente la carga dinámica de la prueba en relación con el ordenamiento jurídico tanto para las partes como para los abogados que las representan. De este modo, las partes, así como sus apoderados, deben de tener presente, desde la gestación de la teoría de su caso, las diversas variantes que pueden presentarse dentro del proceso jurisdiccional en relación con la carga estática y dinámica de la prueba. Así las cosas, el abogado litigante, al momento de establecer una posición jurídica, debe evaluar, con suficiencia y claridad, los medios probatorios que posee para soportar los hechos de su pretensión o excepción, y saber cuándo su posición jurídico-procesal puede ser afectada por alguno de los siguientes tres factores que deberá tener en cuenta. En primer lugar, deberá considerar la distribución de cargas en primera o en segunda instancia, cuándo aplica y cuándo no, para así saber cómo ejercer los medios de defensa adecuados para evitar violaciones de sus garantías procesales. En segundo término, debe comprender cuándo su teoría del caso depende del decreto de las pruebas oficiosas y cuándo de la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Esto es esencial puesto que esta circunstancia le permite determinar las probabilidades de tener éxito en la estructuración de su caso. Por último, es importante que el abogado litigante evalúe e identifique con claridad cuándo se encuentra en una condición más favorable para desarrollar el argumento tendiente a decretar la carga dinámica o para oponerse a dicho decreto.

Para el juez, el estudio de la carga dinámica de la prueba en relación con el ordenamiento jurídico es importante pues le da elementos conceptuales que le permitirían tomar decisiones con relación a la carga dinámica de las pruebas en un escenario jurisdiccional con un apropiado apoyo conceptual. En primer lugar, con estos elementos conceptuales, el director del proceso tendrá las suficientes consideraciones para tomar la providencia de distribuir las cargas probatorias en primera o en segunda instancia sin afectar las garantías procesales de las partes. Segundo, la prueba de oficio es un asunto de vital relevancia para el juez; sin embargo, es necesario que el administrador de justicia, cuando se encuentre en ciertas situaciones particulares en las que se enfrenta a una dicotomía entre decretar la prueba de oficio o distribuir la carga de la prueba, sepa cómo proceder. Debe existir una razón suficientemente válida para determinar cuál opción tiene prioridad, ya que elegir la carga dinámica de la prueba implica imponer una carga a una de las partes, algo que puede traer consecuencias jurídicas relevantes en el proceso. En tercer y último lugar, el juez de instancia siempre está llamado a evaluar cuándo una parte está en una condición más favorable, para así soportar con argumentos suficientes y cumplir con la condición de distribuir las cargas.

Esta es la razón por la cual en esta investigación hemos abordado el estudio detallado de los pronunciamientos de la jurisprudencia. Este enfoque hace que este artículo de reflexión sea de corte jurídico-descriptivo, toda vez que se concentra en la descripción de la legislación y la jurisprudencia colombiana sobre la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba. De este modo, se propone una solución a estas dificultades conceptuales.

Tipo de investigación

Esta investigación será de corte jurídica-descriptiva, toda vez que el estudio se enfocará en la descripción sobre la legislación y jurisprudencia colombiana con respecto a la carga dinámica de la prueba y los interrogantes jurídicos que se desprenden de su análisis, abordando la legislación nacional, la legislación internacional y la jurisprudencia pertinente de nuestras altas cortes.

Metodología

Nuestra metodología será la deductiva, debido al análisis jurisprudencial y normativo que se realizará usando como fuentes diversos autores y la legislación sobre la carga dinámica de la prueba y los interrogantes jurídicos que se desprenden de su análisis. A propósito del método deductivo, este es definido por Lizardo Carvajal en su texto “El método deductivo en la investigación” así: “El método deductivo de investigación deberá ser entendido como un método de investigación que utiliza la deducción o sea el encadenamiento lógico de proposiciones para llegar a una conclusión o, en este caso, un descubrimiento” (Carvajal, 2008, párr. 7).

Tres principales problemas conceptuales del artículo 167 del Código General del Proceso

El sistema procesal colombiano ha tenido una evolución enfocada fuertemente en el derecho civil y probatorio, evidenciándose de manera precisa la consagración de la carga dinámica de la prueba como un primer acercamiento a tan importante teoría

probatoria. Esta consagración normativa en la teoría de distribución de las cargas presenta un reto con el direccionamiento a la comprensión y entendimiento de la armonía presente entre la doctrina a seguir y el sistema procesal colombiano, por lo cual es menester identificar y comprender tres de los principales problemas que afectan dicha armonía.

J. Parra (2004) remite a una definición de la carga de la prueba y aclara que esta:

Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos (Parra, 2004, p. 232).

También J. Pérez (2011), citando a L. Rosenberg (2002), deja claridad sobre cómo funciona la carga de la prueba al decir que:

Las reglas sobre la carga de la prueba (...) ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo sobre la pretensión que se hace valer, no obstante, la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra

de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada (Pérez, 2011, p. 204-205).

Podemos entender entonces que, dentro del derecho probatorio, la carga dinámica de la prueba es la potestad que tiene un juez de la República de asignar la carga de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones de suministrar dichos elementos probatorios.

El artículo 167 del Código General del Proceso establece que:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

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

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de

contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (Congreso de la República. Ley 1564, 2012).

Es precisamente al momento de hacer una revisión detallada al artículo citado cuando surgen cuestionamientos que invitan a desarrollar la investigación de la que se ocupa este artículo. Estos interrogantes son la naturaleza primaria de la discusión presente.

¿Hasta cuándo se pueden distribuir las cargas probatorias en el proceso?

Abriendo campo entre las complejidades del ámbito probatorio, Sandoval (2018) manifiesta que se hace necesaria la atribución de cargas probatorias de diferentes intervinientes en el desarrollo del proceso con el fin de comprender el derecho como una actividad reconstructiva de la realidad, desarrollándose en diversas etapas del proceso, alcanzando la mayor justicia en una decisión judicial. Esto nos deja la necesidad de determinar hasta cuándo se pueden distribuir las cargas probatorias en el proceso entre sus intervinientes.

De acuerdo con lo descrito en el Código General del Proceso en el artículo 167 anteriormente citado, la carga probatoria puede distribuirse en tres momentos; el primero se presenta durante el decreto de las pruebas; el segundo momento, en el transcurso de la práctica de la prueba; y el tercero, en cualquier momento antes de fallar. Lo anterior implica que la distribución abarca la totalidad del proceso, toda vez que el juez puede distribuir las cargas probatorias en cualquier momento de la *Litis*.

A pesar de que el Código General del Proceso pretende empoderar al juez como supremo director del proceso con el objetivo de esclarecer los hechos objetos de litigio, cabe preguntarse, a fin de entender mejor, qué quería expresar el legislador al emplear la palabra “fallar” en el artículo 167. Una vez demostrado el cuestionamiento que ronda sobre el vocablo fallar, se hace pertinente determinar cuál es el alcance de este y cuáles sus respectivas consecuencias procesales.

Se entiende entonces que, a primera vista, la palabra fallo se refiere a la sentencia que resuelve las pretensiones y excepciones del proceso judicial en primera instancia. Lo anterior se fundamenta en que es el juez quien tiene la potestad de decidir en derecho con base en los medios probatorios percibidos, y que tiene una posición privilegiada desde el decreto, aportación, producción, contradicción y valoración de las pruebas. Se deja claro, entonces, que el juez tiene la potestad sobre la aplicación de la teoría de las cargas en cualquier momento del proceso antes del fallo judicial.

Lo anterior implica comprender el vocablo fallo como la decisión del operador judicial al resolver las pretensiones y excepciones del litigio de forma definitiva y debidamente ejecutoriada. En consecuencia, la distribución de la carga probatoria puede ser trasladada incluso en los escenarios de la segunda instancia y, de este modo, se logra abrir un nuevo debate probatorio.

Estas dos posturas generan el debate sobre el alcance de la teoría de las cargas. ¿Puede la carga dinámica solo ser aplicada en primera instancia o, por el contrario, se puede afirmar que los efectos de la norma se extienden hasta el momento antes de proferir el fallo de segunda instancia?

No se trata de seleccionar solamente una de las dos posibilidades sino de comprender cuál de las opciones es la más adecuada para la armonía del estatuto procesal y además cumple con la condición de no ser violatoria del debido proceso.

Para Aguilar (2015), la exigencia principal que genera esta norma radica en que el juez determine cuál de las dos partes de la *Litis* tiene una mayor proximidad a los medios probatorios para que sea este a quien se le asigna, sea de oficio o por petición de la otra parte, probar el hecho en disputa. Este no es un proceso arbitrario, toda vez que la decisión se hace dependiendo de cómo se acredite dicha solicitud o decisión de oficio del juez.

La sentencia T-427 de la Corte Constitucional (1992) sobre la acción de tutela adelantada por el señor Luis Suárez Pineda contra una anterior decisión en la que solicitaba la protección de sus derechos en condición de minusválido, posee una particularidad que reside en que la Corte no distribuyó carga probatoria alguna. La importancia de esta sentencia radica en la mención del concepto de inversión de la carga de la prueba, la cual manifiesta que:

La especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión (Corte Constitucional, T-427, 1992).

En el caso que nos atañe se destaca la interpretación de la Corte que declara como no procedente dicha figura en sede de revisión, pues no se está acreditado la minusvalía del accionante y, por tal motivo, no es procedente la inversión de la carga de la prueba. Por esto, si bien se declaró no procedente la acción, el concepto de la Corte permite ver que la postura interpretativa de la Corte Constitucional para el año 1992 consistía en que la inversión de la carga de la prueba puede ser distribuida incluso en sede de revisión en los procesos de acción de tutela.

En consecuencia, se vislumbraron las primeras luces de la carga dinámica de la prueba en varias providencias en sede de revisión, las cuales empezaron a hacer uso del concepto de distribución de cargas entre estas y que se encuentran en las sentencias que se analizan a continuación:

La Corte Constitucional (1994) en la sentencia T-98, en la que la accionante fue la señora Amanda Cardona quien pretendía proteger sus derechos, entre los que se encontraban el Derecho de petición, Derecho a la igualdad, Discriminación por razones de sexo, Acto discriminatorio, Discriminación sexual contra la mujer, en sede de revisión, traslada la carga probatoria al accionado en el sentido de probar la inexistencia de actos discriminatorios que le son imputados al extremo resistente de la pretensión de tutela. Es así como la Corte impone una carga a la Caja de Seguridad Social de Risaralda, encaminada a que esta entidad pueda demostrar que sus actos administrativos no son irracionales, desiguales e injustificados. A pesar de lo indicado en esta sentencia en cuanto distribución de la carga probatoria, no se abre una oportunidad jurídica para que el resistente de la tutela pueda descargar esta imposición realizada por la Corte.

En el año 1996, mediante la sentencia T-638, la Corte Constitucional resolvió una pretensión de tutela la cual buscaba la protección de los derechos laborales originados en actos de discriminación laboral. De lo observado en el proceso constitucional, el fallo de primera instancia negó el amparo constitucional por considerar que lo que se pretende ventilar a través de la acción de tutela es un conflicto económico cuya solución no puede intentarse por esta vía. Dicha decisión no fue recurrida por el actor. Se puede evidenciar en ambos casos la ausencia de distribución de la carga de la prueba solo en la primera instancia y la inversión de la carga de la prueba que solo se ejecutó en la instancia de revisión.

La Corte Suprema de Justicia no tiene una ruta clara y precisa para darle solución a esta cuestión. A pesar de lo anterior, varios fallos de tan importante corporación nos proporcionan un lineamiento que nos permite concluir algunos puntos. Uno de los casos se da en el derecho laboral donde se pretende demostrar la culpa patronal en los accidentes de trabajo para acceder a la indemnización de perjuicios, a lo cual la CSJ ha sido contundente manifestando que:

La prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, según las reglas de la carga de la prueba, lo que significa que demostrada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, se genera la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el art. 1604 del Código Civil la prueba de la «diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», si el empleador pretende cesar o desvirtuar su

responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal como lo dispone el art. 1757 (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL3645, 2020).

Ahora bien, a pesar de lo dispuesto por la CSJ en esta sentencia, se hace un análisis sobre qué es lo que deben probar las partes de acuerdo con el tipo de obligación que tienen a sus cargos. Lo cierto es que el alto tribunal no modificó la interpretación de la carga de la prueba. En esta sentencia no existe una distribución de cargas probatorias, lo verdaderamente importante para este asunto, es que en el recurso de casación no se pueden abrir nuevas etapas procesales donde se distribuyan nuevas cargas, cerrando esta posibilidad jurídica al tener en cuenta la naturaleza propia del recurso extraordinario de casación.

La Corte Constitucional (2001) en su sentencia T-327, en sede de revisión, decidió si un ciudadano debía ser incluido en el registro de desplazados. En primera instancia, el Juzgado 26 del Circuito de Bogotá consideró que existían elementos probatorios suficientes para incluir al ciudadano en el registro de personas desplazadas; sin embargo, en la segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión de instancia soportando que el juez de tutela no era competente y que no existían elementos de juicio necesarios para incluir al ciudadano en el registro de desplazamiento. En sede de revisión, la Corte Constitucional impuso la inversión de la carga de la prueba hacia las autoridades que son las que deben probar plenamente que la persona no tiene la calidad de desplazado:

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. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado (Corte Constitucional, Sentencia T-327, 2001)

Nuevamente en el año 2003, en sentencia T-772, la Corte Constitucional invierte la carga probatoria en sede de revisión:

[...] en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar las

acusaciones o cargos formulados en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral [41]. La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. (Corte Constitucional, Sentencia T-772, 2003)

En el caso particular de esta sentencia, se discutía la carga de la prueba en los casos en los que hay acusaciones formuladas por particulares en contra de miembros de la fuerza pública en el sentido de que aquellos han sido víctimas de abusos por parte de estos últimos.

En el caso particular de esta sentencia, se discutía la carga de la prueba en los casos en los que hay acusaciones formuladas por particulares en contra de miembros de la fuerza pública en el sentido de que aquellos han sido víctimas de abusos por parte de estos últimos. El trámite de tutela se desarrolló en única instancia en la cual con fundamento en el *onus probandi*, solo en sede de revisión, se presentó la variación de la carga de la prueba.

¿Qué se debe decretar primero: la prueba de oficio o la distribución de la carga dinámica?

El esquema dinámico de cargas de pruebas responde a una razón práctica en los trámites judiciales, en los que no se ha alcanzado un convencimiento razonable de los hechos. Este estado de duda, en un esquema estático de las pruebas, implica una sentencia desfavorable para las pretensiones o excepciones que alegue la parte interesada al fijar los hechos de la demanda o de la contestación.

Planteadas estas dos posibilidades para darle claridad al juez, resulta pertinente preguntarnos cuál de los medios es el más indicado para proporcionar la ayuda que despeje el manto de la duda.

El juzgador debe ser proactivo en el desarrollo del proceso, debe reflexionar sobre la idea de los medios probatorios que representan los hechos discutidos en los procesos y debe preguntarse si existen dudas en las afirmaciones o negaciones realizadas por las partes. En este caso, también debe juzgar si estas dudas pueden ser resultas mediante el decreto de pruebas de oficio o si, por el contrario, existe alguna de las partes que se encuentre en mejor posición para probar.

La Corte Constitucional en la sentencia T-615 (2019) manifiesta que el juez como administrador de justicia debe decretar la prueba de oficio cuando esta sirva para verificar los hechos relacionados en las pretensiones y para darles claridad a ciertos hechos a fin de poder fallar de manera correcta. Para lo anterior, se debe tener en cuenta el principio de igualdad de armas, dado que el Código General del Proceso, en su artículo 42 numeral segundo, establece que no es una simple facultad, sino un deber por parte del colegiado. Esto se traduce en que la carga de la prueba debe

recaer en la parte que tenga mayor facilidad de hacer llegar el medio probatorio para esclarecer los hechos de la demanda. Lo anterior debe estar motivado y acreditado.

La actividad jurisdiccional en la cual se distribuyen las cargas probatorias implica la realización de juicios *a priori* y *a posteriori* en el desarrollo del proceso. Por el contrario, la distribución del *onus probandi* es consecuencia y no se puede reducir a un juicio previo del juzgador. En esta medida es el resultado de las experiencias que obtiene el juez desde el inicio del proceso hasta su terminación. Para que el funcionario judicial decida a quien le corresponde probar, debe haber valorado el resultado de una actividad investigativa de las partes, de la evaluación de las conductas procesales de las partes y de la facilidad en la producción del medio de prueba (Trujillo, 2005, p.50).

La Corte Constitucional (2014), en la sentencia SU-76, da por sentado que el juez tiene como deber decretar las pruebas de oficio en casos particulares lo cual permite esclarecer cualquier duda y/o controversia que surja de la interpretación de los medios probatorios allegados para sustentar los hechos. Es la misma norma, por tanto, la que dicta cómo debe ser el comportamiento del juez, especialmente cuando este considere que el no decretar la prueba puede afectar su administración de justicia. Así se logra evitar la mala fe de las partes.

La sentencia C-086 de la Corte Constitucional (2016) fue la primera y única oportunidad en la que esta asumió el estudio de la constitucionalidad de algunos apartes del artículo 167 de la ley 1564 de 2012. A pesar del estudio de constitucionalidad sobre la mencionada disposición normativa, la Corte no hizo pronunciamiento alguno a fin de determinar hasta qué etapa del proceso puede darse la distribución de la carga de la prueba. Cabe resaltar que previamente el magistrado

ponente Jorge Iván Palacio (2014) había opinado sobre esta norma en la sentencia SU-768, la cual es citada a su vez en la sentencia SU-636 de la misma Corte (2015), donde se establece:

Sobre esta base, analizó la transformación en la legislación procesal civil y administrativa, para destacar la existencia de normas que facultan al juez para la práctica de pruebas de oficio, allí donde estas sean necesarias para establecer la verdad material y asegurar la efectividad a la cual esta corresponde a la parte que se encuentre en mejor situación para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos (Corte Constitucional, Sentencia SU-768, 2014).

Ahora bien, el actual estatuto procesal civil (C.G.P.) pretende fortalecer al juez en su condición de director del proceso en búsqueda de la verdad real. Esto tuvo como consecuencia que se le impusieran al juez una serie de deberes con el objetivo de indagar más a fondo sobre los supuestos fácticos que estructuran el conflicto. El numeral cuarto del artículo 42 del C.G.P. le asigna al juez la obligación de emplear todos los poderes que tiene en materia de pruebas de oficio a fin de verificar los hechos y afirmaciones alegadas por las partes.

Por otro lado, en cuanto a la disposición normativa de la carga dinámica de la prueba, podemos observar que el legislador utiliza la expresión “podrá” en relación con la distribución de la carga de la prueba, denotando así una facultad que emana del juez y que no implica un deber legal.

El asunto puede ser problemático cuando el juez se encuentra en unas circunstancias en las que puede tanto verificar los hechos mediante prueba de oficio

como hacerlo distribuyendo las cargas probatorias. De verse en esta situación, el juez se verá obligado a decretar en primer lugar la prueba de oficio. Sin embargo, el juez puede hacer caso omiso de este deber y proceder directamente a invertir la carga de la prueba.

Esta clara distinción entre obligación y facultad ineludiblemente lleva al juez a decretar primero las pruebas de oficios y, en caso de no obtener el conocimiento suficiente para afirmar o informar los hechos, a recurrir a la facultad de distribución de las cargas.

No existe un parámetro normativo que explique cuál de las dos figuras debe aplicarse primero. Sin embargo, existen razones lógicas y jurídicas para sostener diferentes posiciones con el fin de dar prioridad a una figura o de aplicarla indistintamente.

¿Qué se entiende por condición más favorable?

La doctrina brinda definiciones de la condición de favorabilidad. Una de ella es la cercanía que tiene la parte para poder agregar la prueba al proceso de tal manera que sirva para terminar de esclarecer la realidad. Se “hace referencia a una situación de cercanía, acceso o contacto del litigante con el medio o la fuente de prueba, lo cual le permite su traslado al proceso sin obstáculos de mayor género” (Valentín, 2008). Otro cuestionamiento que se presenta en cuanto a lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. se refiere al alcance del concepto de condición más favorable. El estatuto procesal es amplio y deja el asunto a criterio del operador judicial, quien es el indicado para identificar cuál de las partes se encuentra en una condición más favorable para probar.

En Colombia, antes de la consagración de la carga dinámica de la prueba en el CGP, el Consejo de Estado sostenía que el *onus probandi* debería recaer sobre la parte que se encontrara en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba. Un ejemplo de esto se encuentra en los casos de responsabilidad médica:

En relación con las fallas médicas, es una posición consolidada de la Sala que la responsabilidad por la prestación del servicio de salud es de naturaleza subjetiva y el título de imputación es la falla probada del servicio. Este tipo de responsabilidad ha tenido una evolución importante, transitando por varias formas, desde el régimen subjetivo por falla probada del servicio, la presunción de falla del servicio, la carga dinámica de la prueba y mediante providencia del 31 de agosto de 2006 se volvió al régimen general de falla probada del servicio, teniendo en cuenta la complejidad del tema médico y la dificultad probatoria que se le presenta a las instituciones públicas debido al volumen de casos que atienden y al lapso de tiempo transcurrido, que dificultan la consecución de los soportes de su actuación (Consejo de Estado, Sentencia 2000-09610, 2006).

Con la entrada en vigor del Código General del Proceso, se definió el concepto de situación más favorable, precisando unas circunstancias particulares en las cuales el legislador considera que el *onus probandi* debe recaer sobre el sujeto procesal que cumple con una de estas calidades. Las situaciones más favorables definidas por el código en virtud de la cercanía de la parte con el material probatorio son: por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber

intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, por estado de indefensión o de incapacidad en la que se encuentre la contraparte, parte u otras circunstancias similares.

Barbeiro (2004) sostiene que la posición dominante frente a la prueba no siempre aparece demostrada por la prueba documental o la evidencia aportada en el proceso, por lo cual, la mejor posición probatoria debe ser demostrada, aunque sea indirectamente, por la parte que pretende beneficiarse de la flexibilidad de la regla.

Dicha postura hace una seria reflexión del concepto de posición más favorable en dos sentidos. El primero se refiere a la imposición a las partes de probar lo requerido por el juez en su calidad de garante del proceso en cualquier etapa procesal. El segundo, por otro lado, versa sobre la necesidad de “reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral, STL-1940, 2020).

La Corte Suprema de Justicia se ha manifestado en los procesos penales que violan la condición más favorable y, por ende, el debido proceso. Invertir la carga de la prueba equivale a dar por sentado un delito cuando, en realidad, se trata de una conducta que aún no se ha realizado, como sucede, por ejemplo, cuando se traslada la carga de la prueba a la defensa de un acusado a quien se le imputa la condición de adicto porque fue encontrado con una dosis superior a la dosis personal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 5028, 2019). Así mismo se debe tener en cuenta que, bajo este criterio, se presentan los casos en donde se traslada la

carga de la prueba al acusado porque este se encuentra en una condición favorable de refutar el acervo probatorio del ente acusador, planteándolo de la siguiente manera:

[...] el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado —no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste—, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, SP17909, 2017).

Al evaluarlo desde el campo laboral, con respecto a los casos de culpa laboral, la CSJ ha señalado que:

la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL-2799, 2014).

Sin embargo, a pesar de lo anteriormente citado manifiesta que

cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a este le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas

de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores” (CSJ, Sala de Casación Laboral, SL-7181, 2015).

Se explica así que, en estos casos, el criterio de condición más favorable de probar sea completamente mixto y acorde al principio de carga dinámica de la prueba, toda vez que esta corporación ha manifestado que:

[...] lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores». (Corte Suprema de Justicia, SL-2644, 2016).

En el año 1997, la Corte Constitucional, en sede de revisión, estudió un asunto en el cual se solicitaba la protección del derecho fundamental a la vida de la accionante en lo relativo a la protección de la seguridad social y al reconocimiento de la sustitución pensional. Las pretensiones fueron acogidas en primera instancia, sin embargo, aquí no se evidenció distribución de carga. El *ad-quem* desestimó las pretensiones por considerar que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para suplantar procedimientos establecidos por la ley, ni puede utilizarse para relevar las funciones propias de un juez determinado. La providencia tiene una particularidad relativa al

concepto de carga dinámica puesto que, en un primer momento, consideró que la accionante se encontraba en un estado de debilidad manifiesta y concedió el derecho a la sustitución pensional, para lo que impuso una carga procesal a la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué a fin de que esta, mediante una acción de lesividad, demandase su propio acto administrativo y demostrase que a la accionante no le asistía el derecho a la sustitución pensional. Sin duda, la Corte comprendió que las cargas pueden ser distribuidas en el transcurso del proceso a diferentes actos procesales, sin reducirse necesariamente al *onus probandi*. Al estudiar las particularidades de la decisión, la Corte Constitucional le permite a la entidad accionada que, en un escenario posterior, pueda defender sus intereses como Caja Previsora del Municipio de Ibagué. Este escenario por definición presta las garantías fundamentales del debido proceso y nos permite afirmar que esta distribución de carga procesal está dada con las garantías constitucionales de la contradicción (Corte Constitucional, Sentencia T-378, 1997).

La Corte Constitucional (2001) en la sentencia T-327, en sede de revisión, decidió que un ciudadano debería ser incluido en el registro de desplazados. El Juzgado 26 del Circuito de Bogotá, en primera instancia, consideró que existían elementos probatorios suficientes para incluir al ciudadano en el registro de personas desplazadas. Sin embargo, en la segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión de instancia argumentando que el juez de tutela no era competente y que no existían los elementos de juicio necesarios para incluir al ciudadano en el registro de desplazamiento. En sede de revisión, la Corte Constitucional impuso la

inversión de la carga de la prueba a las autoridades que son las que deben probar plenamente que la persona no tiene la calidad de desplazado:

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. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado (Corte Constitucional, Sentencia T-327, 2001).

La Corte ha revisado en diferentes sentencias la aplicación de la carga dinámica de la prueba. Un ejemplo de esto son los procesos de extinción de dominio:

La Corte sostuvo que la extinción de dominio es una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el Constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad. No se trata, en manera alguna, de una institución que haga parte del ejercicio del poder punitivo del Estado y por ello no le son

trasladables las garantías constitucionales referidas al delito, al proceso penal y a la pena. Por lo tanto, en el ámbito de la acción de extinción de dominio no puede hablarse de la presunción de inocencia y, en consecuencia, de la prohibición de inversión de la carga de la prueba, pues estas garantías resultan contrarias a la índole constitucional de la acción (Corte Constitucional, Sentencia C-740, 2003).

Subsecuente a esto, en 2010, la Corte manifestó que, en los procesos de extinción de dominio, la inversión de la carga no implica ninguna violación al debido proceso ni a la presunción de inocencia:

No se trata, en manera alguna, de una institución que haga parte del ejercicio del poder punitivo del Estado y por ello no le son trasladables las garantías constitucionales referidas al delito, al proceso penal y a la pena. Por lo tanto, en el ámbito de la acción de extinción de dominio no puede hablarse de la presunción de inocencia y, en consecuencia, de la prohibición de inversión de la carga de la prueba, pues estas garantías resultan contrarias a la índole constitucional de la acción (Corte Constitucional, Sentencia C-595, 2010).

En 2013, la Corte Constitucional (2013) en una revisión por demanda de constitucionalidad del artículo 74 de la ley 1116 de 2006, el cual en su numeral primero establece que

la extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato que impidan el objeto del proceso, durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe (subrayado incluido en sentencia) (Diario Oficial 46494, 2006).

La Corte Constitucional (2013) estableció que la inversión de la carga probatoria al establecer que la extinción de los actos celebrados tendrá lugar cuando

no aparezca que el adquirente arrendatario o comodatario obró de buena fe”, radicando en cabeza de estos últimos la obligación de demostrar las condiciones bajo las cuales se desarrollaron los negociables impugnados, no es inconstitucional debido a que no se genera una presunción que la conducta fue indebida o fraudulenta, sino que teniendo presente el criterio de carga dinámica de la prueba son los deudores “quienes están mejor posicionados para ilustrar al juez del concurso respecto de la conducta en torno a cada uno de los actos mercantiles desplegados, lo cual es compatible con la jurisprudencia constitucional decantada sobre el particular (Corte Constitucional, Sentencia C-527, 2013).

En el año 2014, la Corte Constitucional (2014) analizó la constitucionalidad de los artículos 419 y 421 del Código General del Proceso. Estos establecen la

procedencia y trámite del proceso monitorio en nuestra legislación. La demanda de constitucionalidad se basó en que este tipo de proceso establecido en el CGP se estructura de manera unilateral, vulnerando el derecho a la igualdad y al debido proceso, dado que el juez, cuando realiza el requerimiento de pago, paralelamente se pronuncia con efectos de cosa juzgada, sin escuchar previamente a la contraparte (Corte Constitucional, Sentencia C-726, 2014).

Dentro del objeto de esta investigación, se hace menester recalcar que la Corte Constitucional (2014) en la Sentencia C- 726 hace referencia a la carga dinámica de la prueba en la expresión “para lo cual deberá aportar las pruebas en que sustente su oposición” dentro del inciso cuarto del artículo 421 del Código General del Proceso. Para la Corte esta expresión

busca un equilibrio procesal (art 4, CGP) entre las partes a través de una carga dinámica. Así es claro que, ante la oposición del demandado, la carga de la prueba de la obligación corresponde ahora al demandante; la de su extinción, al demandado, en los términos del artículo 1757 del Código Civil que en la fase declarativa del proceso monitorio se aplica sin excepción, en cuanto “incumbe probar las obligaciones o su extinción, a quien alega aquéllas o ésta”. De esta manera, en todo momento se preserva la igualdad probatoria como contenido esencial del debido proceso (Corte Constitucional, Sentencia C-726, 2014).

Identificación de los problemas y propuesta de solución

Después de analizar tanto la doctrina como las actuaciones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, observamos que, a pesar del gran avance en la

consagración de la normativa de la carga dinámica de la prueba, existe un vacío, creado a partir de la redacción del artículo 167 del CGP. Este artículo, si bien establece en qué etapas está permitido distribuir las cargas de las pruebas, no presenta limitante alguna para que el administrador de justicia realice estas acciones. Aunque queda claro que la distribución no es algo caprichoso y arbitrario y que, por el contrario, debe ir motivado a esclarecer las dudas que tenga el juez y que le puedan impedir llegar a la verdad y administrar justicia de la manera correcta, se pueden generar dificultades como la vulneración de la seguridad jurídica de las partes y del debido proceso. Damos respuesta, de esta manera, a la pregunta sobre si la carga dinámica puede ser aplicada solo en primera instancia o si, por el contrario, los efectos de la norma se extienden hasta el momento antes de proferir el fallo de segunda instancia.

Así las cosas, si lo miramos desde el punto de vista del abogado litigante, este debe partir del supuesto de que su teoría sobre el caso puede cambiar en cualquier momento, lo que significa que siempre debe presuponer que el juzgador, de primera o de segunda instancia, está facultado para distribuir cargas probatorias en cualquier momento. Por lo tanto, el abogado litigante debe establecer una estrategia de contingencia cuando considere que los derechos de su poderdante son vulnerados por la decisión de la distribución de la carga de la prueba en sede de segunda instancia.

Por otro lado, la ambigüedad lingüística del artículo permite que el juez de primera y segunda instancia pueda distribuir cargas probatorias antes de fallar. Esta decisión, sin embargo, debe ser tomada con responsabilidad cuando se evidencia una falencia probatoria por existir una situación de favorabilidad de alguna de las partes en

relación con la prueba, de tal manera que no se transgredan las garantías constitucionales ni que desequilibren la a las partes en el proceso.

Una solución a esta dificultad, tal vez la principal, podría ser que se modificara el artículo 167 de CGP o que, en su defecto, se presentara una interpretación unificada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, se mostraría una limitación objetiva de la norma ante esta actuación del juez, se identificarían las etapas procesales para las que esta potestad no debería aplicar y se iría de la mano con el debido proceso, el principio de contradicción y la seguridad jurídica.

Un ejemplo de lo anterior es el recurso de casación. Este contempla, dentro de su naturaleza misma, revisar si la sentencia anterior incorpora una interpretación o una aplicación incorrecta de la ley, así como observar si el procedimiento con el que se dictó dicha resolución ha cumplido o no con las formalidades necesarias de ley. No tendría sentido invertir la carga probatoria cuando lo que se busca es revisar la actuación de los jueces de instancias anteriores.

Con respecto al interrogante sobre qué paso debe darse primero, si el decreto de la prueba de oficio o la aplicación de la carga dinámica de la prueba, tenemos la posición del abogado litigante y la del juez.

Al analizar el asunto desde la posición del abogado litigante, se debe partir de que no existe una jerarquía en la aplicación de la prueba de oficio o en la distribución de la carga de la prueba. Como consecuencia lógica de su teoría del caso debe depender lo menos posible del decreto de la prueba de oficio o de la carga dinámica. En el caso extremo de que sí dependa de esta circunstancia, debe apelar, en primera

medida, a la solicitud al juez de la causa para que este decreta la prueba de oficios por ser esta una obligación legal del juez, mientras que la carga dinámica de la prueba es una facultad de este. Lo anterior debe hacerse bajo el supuesto de que la carga dinámica implica imponerle una carga a una parte, que en principio no debía aliviar, y que el resultado de la prueba depende principalmente de la actividad de la contraparte.

En lo que se refiere al juez, a pesar de que no exista un lineamiento procesal que indique cuál de las dos acciones se debe llevar a cabo primero, este debería proceder con la prueba de oficio en aquellos casos en los que exista un estado de duda o en los que, una vez vencida la prueba oficiosa, no se haya aún esclarecido la circunstancia. Si se reúnen los requisitos para la distribución de la carga, el juez debería decretarla, porque, de lo contrario, se le estarían imponiendo cargas innecesarias a una de las partes que, en principio, no debería aliviar dicha carga. De esto se podrían desprender consecuencias adversas en caso de no poder demostrar lo requerido por el juez, pudiendo, de esta manera, desequilibrar el litigio entre las partes.

La principal solución a este problema es tomar dos medidas: la primera consiste en una modificación legislativa que permita clarificar una jerarquía entre estas dos instituciones jurídicas, pues en la práctica no está delimitado, y esto da pie para que la administración de justicia sea insuficiente en el análisis de los hechos discutidos en los procesos. La segunda medida consiste en tener un criterio interpretativo en relación con la sistematización del ordenamiento procesal. De esta manera, el administrador de justicia tendría la claridad suficiente para seguir el lineamiento legal. Así las cosas, el juez estaría obligado a analizar si hay dudas que nublan el litigio y, como consecuencia, tendría que actuar decretando las pruebas de oficio que sean

necesarias para vencer este estado de duda. En caso de no ser posible la práctica de la prueba, podría utilizar el artículo 167 toda vez que es una facultad legal, es decir, la carga dinámica sería supletoria de la prueba de oficio.

Ante la condición de mayor favorabilidad encontramos que evidentemente una de las partes estará siempre en mejor condición de probar, ya sea por la cercanía a la prueba, por el acceso que tenga a esta o porque este sea parte de la prueba misma. Se debe estar atento para favorecer una igualdad material que permita una equidad procesal. El problema se presenta dado que, en la práctica jurídica, muchos jueces de la República hacen una interpretación errónea al insistir en “la igualdad material” y al dedicarse a atacar a la parte “que más recursos tiene”. Es precisamente esta forma de actuar la que genera una desigualdad entre las partes, pues su resultado es una parcialización de la administración de la justicia. Esto es contradictorio si se tiene en cuenta que, en primera medida, lo que se desea es proteger la igualdad de las partes. Un ejemplo de esto es la jurisdicción laboral. En los procesos de actos discriminatorios se suele invertir la carga procesal y es al empleador al que le toca demostrar que su actuación no fue de carácter subjetivo, sino que obró con todos los parámetros legales y de objetividad.

Desde la posición del abogado litigante, la condición de mayor favorabilidad debe ser un concepto de apropiación conceptual que le permita sustentar peticiones encaminadas a distribuir la carga dinámica de la prueba de forma eficiente ante un estrado judicial, que también le permita realizar actos defensivos cuando la contraparte o el juez pretenda distribuir cargas sin que exista la condición de mayor favorabilidad para probar, y así evitar, una distribución de carga inadecuada.

En lo que se refiere al juez, él es el principal responsable de determinar si la condición de mayor favorabilidad existe. Esto es una gran responsabilidad que tiene el operador judicial dado que con una inadecuada interpretación puede generar un quebrantamiento en los derechos fundamentales de una de las partes. Es por esto que deberían existir más criterios objetivos que sirvan para disminuir el riesgo de inadecuadas interpretaciones por parte de los jueces.

En conclusión, este problema tiene dos posibles soluciones. La primera de estas es de índole legislativa. En este caso, el legislador debe identificar el mayor número de situaciones que puedan ser consideradas condiciones de mayor favorabilidad para así disminuir el riesgo de interpretaciones indebidas. La segunda posible solución implica la existencia de un criterio de unificación de las altas cortes que permita definir la condición de mayor favorabilidad y, por tanto, la determinación de un criterio de interpretación riguroso para definir la situación.

Conclusiones

Después de desarrollar los conceptos y teniendo como base la doctrina, la norma y los ejemplos de jurisprudencia que hacen referencia a la temática expuesta, queda claro que deben existir dos tipos de medida para darle solución al problema que hemos analizado en esta investigación. La primera medida consiste en realizar una modificación al artículo 167 del Código General del Proceso, llegando incluso a establecer una legislación que reemplace el texto y el sentido del artículo, de tal manera que se permita delimitar en mayor detalle la potestad que tiene el juez tanto para decretar pruebas de oficio como para invertir las cargas procesales. Se ha evidenciado que, por sí solo y como resultado de su redacción, el artículo queda corto

cuando se trata de delimitar hasta cuándo se puede decretar la prueba de oficio y la carga dinámica de la prueba. La segunda medida requeriría recurrir a instancias de las altas cortes para que establezcan la debida jerarquía en los casos particulares con el objetivo de que propendan por buscar la igualdad material, el derecho de defensa y la seguridad jurídica de todas las partes.

Con las anteriores medidas lograríamos tener un protocolo procesal claro y libre de interpretaciones erróneas que dañen o impidan la correcta administración de justicia.

Lista de referencias

Aguilar, J. (2015). *La carga dinámica de la prueba*. Obtenido de Asuntos legales:

<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/carlos-g-aguilar-514716/la-carga-dinamica-de-la-prueba-2241066>

Barbeiro, S. (2004). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Calzoni Editores.

Carvajal, L. (2008). *El método deductivo de investigación*. Obtenido de

<https://www.lizardo-carvajal.com/el-metodo-deductivo-de-investigacion/>

Congreso de la República. (13 de febrero de 2002). Ley 734 de 2002. Código único disciplinario. *Diario Oficial*(44.708).

Congreso de la República. (27 de diciembre de 2006). Ley 1116 de 2006 por la cual se establece el Régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*(46.494).

Congreso de la República. (12 de julio de 2012). Ley 1564 de 2012 por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*.

Consejo de Estado. Sección 3a. (31 de agosto de 2006). Sentencia 2000-09610 (CP Ruth Correa).

Constitución política de Colombia (2. ed.). (1991). Bogotá: Legis.

Corte Constitucional. (24 de junio de 1992). Sentencia T-427 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. (07 de marzo de 1994). Sentencia T-098 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. (22 de noviembre de 1996). Sentencia T-638 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Constitucional. (19 de agosto de 1997). Sentencia T-378 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. (26 de marzo de 2001). Sentencia T-327 de 2001 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. (28 de agosto de 2003). Sentencia C-740 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. (04 de septiembre de 2003). Sentencia T-772 de 2003 (MP Manuel José Cepeda).

Corte Constitucional. (27 de julio de 2010). Sentencia C-595 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

Corte Constitucional. (14 de agosto de 2013). Sentencia C-527 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

Corte Constitucional. (28 de febrero de 2014). Sentencia C-726 de 2014 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez).

Corte Constitucional. (16 de octubre de 2014). Sentencia SU-768 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

Corte Constitucional. (16 de octubre de 2014). Sentencia SU-768 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Corte Constitucional. (07 de octubre de 2015). Sentencia SU-636 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional. (24 de febrero de 2016). Sentencia C-086 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2019). Sentencia T-615 de 2019 (MP Alberto Rojas Ríos).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil. (19 de diciembre de 2017). Sentencia SC-21828-2017 (MP Álvaro García).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (5 de marzo de 2014). Sentencia SL-2799-2014 (MP Rigoberto Echeverry).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (07 de octubre de 2015). Sentencia SL-13653-2015 (MP Rigoberto Echeverry).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (20 de mayo de 2015). Sentencia SL-7181-2015 (MP Elsy Cuello).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (02 de marzo de 2016). Sentencia SL-2644-2016 (MP Rigoberto Echeverry).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. (18 de febrero de 2020). Sentencia STL-1940-2020 (MP Gerardo Botero).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. (01 de noviembre de 2017). Sentencia SP-17909-2017 (MP Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. (20 de noviembre de 2019). Sentencia SP-5028-2019 (MP Jaime Moreno).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Descongestión Laboral. (7 de mayo de 2019). Sentencia SL-2032-2019 (MP Ana María Muñoz).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Descongestión Laboral. (5 de septiembre de 2020). Sentencia SL-3645-2020 (MP Giovanni Rodríguez).

Forero, C. (2017). La carga de la prueba y la presunción de inocencia en los procedimientos disciplinarios (Ley 734 de 2002). *Mundo Jurídico* .

Parra, J. (2004). *Manual de Derecho Probatorio*. sl: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Pérez, J. (2011). *La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica - Decaimiento de su aplicabilidad*. Obtenido de http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabili

Pérez, J. (2011). *La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica - Decaimiento de su aplicabilidad*. Obtenido de Biblioteca digital U de A: http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabilidadAdministrativa.pdf

Rosenberg, L. (2002). *La carga de la prueba*. Montevideo: B de F.

Sandoval, H. M. (2018). La carga dinámica de la prueba. Entre desafíos y la realidad. *Pielagus*, 3.

Valentín, G. (2008). Análisis crítico de la llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas. *Revisa uruguaya de derecho procesal*(3-4), 351-366.