

**ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA INVERSIÓN
A LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.**



GUILLERMO FELIPE MEDINA SEPÚLVEDA

CÓDIGO: 0601442

u0601442@unimilitar.edu.co

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO CAMPUS

CAJICÁ

2019

ANALISIS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA.

Resumen

La carga dinámica de la prueba, es adoptada legalmente por primera vez en el Código General del Proceso, como una alternativa que tiene el operador judicial, quedando facultado así para variar las cargas probatorias a la parte que él considere se encuentre en mejores condiciones de probar, respecto de un determinado hecho, con el propósito de garantizar un mejor equilibrio procesal y en el mismo, dar un gran avance enfocado a contribuir a la solidaridad con las partes más débiles en un litigio.

Es así como el juez en el desarrollo de dicha labor, debe aplicar criterios de proporcionalidad y razonabilidad para lograr determinar la necesidad y justificar de manera adecuada la decisión de invertir la carga de la prueba, que de no ser así estaría generando un desequilibrio entre las partes.

Este escrito tiene como propósito principal analizar la proporcionalidad y razonabilidad que debe aplicar el juez al momento de realizar la inversión de la carga de la prueba, con el objetivo de determinar si dichos criterios serían el límite de la discrecionalidad del operador judicial para ejercer dicho deber legar, o por el contrario, podría ser una labor plenamente subjetiva, la cual llegaría a considerarse como una decisión arbitraria.

Palabras clave: Carga Dinámica, proporcionalidad, razonabilidad, arbitrariedad

Abstract.

The dynamic load of the test, is legally adopted for the first time in the General Code of the Process, as an alternative that has the judicial operator, being thus authorized to vary the evidentiary burdens to the party that he considers to be in a better condition to prove, regarding a certain event, with the purpose of guaranteeing a better procedural balance and in the same, to give a great advance focused on contributing to the solidarity with the weakest parties in a litigation.

This is how the judge in the development of such work, must apply criteria of proportionality and reasonableness to determine the need and adequately justify the decision to reverse the burden of proof, which otherwise would be generating an imbalance to the parts.

The main purpose of this writing is to analyze the proportionality and reasonableness that the judge must apply when making the investment of the burden of proof, with the aim of determining if said criteria would be the limit of the discretion of the judicial operator to exercise said duty. bequeath, or on the contrary, it could be a fully subjective task, which would come to be considered as an arbitrary decision.

Key words. Dynamic loading, proportionality, reasonableness, arbitrariness, discretion

INTRODUCCION

Siendo la prueba la pieza angular en todo tipo de proceso, ya que esta tiene la finalidad de soportar la veracidad de determinado hecho. Es así como cada parte debe aportar las pruebas que sustentan sus pretensiones, o en determinados casos sus excepciones, en el tiempo más oportuno para que así la justicia logre ser rápida y efectiva al momento de reconocer determinados derechos que por ley les corresponden a las personas.

Es así como el Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil regulaba el tema de la carga de la prueba, disponiendo que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. De manera que el operador judicial debía analizar las pruebas que fuesen aportadas por las partes, hacer la correspondiente valoración y emitir fallos. No obstante, existía la posibilidad de que el juez no tuviera la suficiente certeza para emitir un fallo por falta de esclarecimiento de hechos de pruebas que no pudieron llegar a su conocimiento.

Para subsanar ello, la Ley 1564 del 2012 Código General del Proceso, dispuso que el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga en cualquier momento antes de

fallar, exigiéndole probar determinado hecho a la parte que se encuentre en situación más favorable, con la finalidad de que aporte evidencias o esclarezca hechos controvertidos. Dicha ley llega para suplir vacíos legislativos, tomando también el aspecto en materia probatoria enfocado a que se dé la igualdad para las partes en controversia en pro de lograr la solución de un conflicto de manera oportuna.

Ahora bien, el propósito del presente ensayo, tiene como tema principal la implementación de la carga dinámica de la prueba en la legislación colombiana y como temas específicos la proporcionalidad y razonabilidad de dicha labor por parte del juez y si es posible que se llegare a generar arbitrariedad, y en tal sentido generar un desequilibrio para determinada parte.

Al resultar ser un tema innovador para el ordenamiento jurídico colombiano, es importante determinar si el juez al invertir las cargas probatorias puede eventualmente configurarse en una labor arbitraria. Por tal razón resulta adecuado establecer si el Código General del Proceso le permite al operador judicial sin un previo análisis de proporcionalidad y razonabilidad invierta las cargas probatorias y rompiendo ese equilibrio que debe haber en el proceso, situación que llevaría a poner a la parte en una situación más compleja y con dificultades para lograr probar determinado hecho, teniendo claro que la ley a siempre vista le otorga la facultad para hacerlo. Por lo anterior permite, plantear el siguiente problema de Investigación ¿El juez al invertir las cargas probatorias podría eventualmente causar arbitrariedad y generar una situación desfavorable para la parte a quien se le asigno dicha carga probatoria?

Como respuesta a la anterior pregunta, se presenta como hipótesis que la facultad otorgada al operador judicial no resulta ser arbitraria por las siguientes razones. La carga dinámica de la prueba es excepcional, el artículo 167 del CGP, en su expresión ‘*podrá*’, no se debe concluir que el juez tiene obligación de hacer, sino por el contrario, es una labor potestativa y no un imperativo del operador judicial. Además de ello, el legislador busca la materializar la igualdad y solidaridad en aras de lograr justicia, poniendo las partes en un mejor equilibrio. Y con el desarrollo de la jurisprudencia se puede concluir que como imperativo se ha determinado que el juez debe aplicar los criterios de proporcionalidad y razonabilidad los cuales vienen a ser los limitantes de la discrecionalidad del operador

judicial, en los casos que tome la decisión de invertir la carga probatoria a determinada parte. y para finalizar como control el legislador determino que se puede interponer recurso por la parte, esto como medio de control en el evento que la parte considere que el juez cometió un error al momento de invertir la carga de la prueba.

El siguiente punto a tratar en el presente ensayo, es el objetivo general que se define como el análisis de si el operador judicial al invertir las cargas probatorias podría generar arbitrariedad, teniendo en cuenta la regla general de la carga de la prueba. En similar sentido los objetivos específicos consisten en, a) examinar los criterios de la razonabilidad y proporcionalidad y su aplicación de la carga dinámica de la prueba; b) definir los presupuestos generales de carga la prueba, la carga dinámica de la prueba y la distribución de cargas; c) determinar si el juez en su labor discrecionalidad de invertir la carga, llegaría a causar un desequilibrio causando arbitrariedad.

Como estrategia metodológica para el desarrollo del presente tema de investigación es argumentativa, descriptiva fundamentada en investigación de diversos documentos destacados en la carga dinámica de la prueba, carga de la prueba, distribución de carga y la proporcionalidad y razonabilidad del operador judicial.

En este orden de ideas, como primer punto i) se desplegarán la definición y de la carga de la prueba, posteriormente ii) se describen las nociones de la carga dinámica de la prueba, iii) además carga estática de la prueba y hay que mencionar también la distribución de la carga de la prueba, seguidamente iv) se expondrán casos de cómo se ha tratado el tema por las Cortes, v) seguidamente explicara la proporcionalidad y razonabilidad a la carga dinámica de la prueba y su determinada aplicación. vi) Finalmente, se platearán las conclusiones.

I. DEFINICIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA

Consiste en una regla de juicio de carácter probatorio, la cual determina que la parte que se encuentre en, mejor condición para probar es quien debe hacerlo, “*y que lleva consigo la autorresponsabilidad de las partes y con la estructura de la pretensión, jurídica, esto es quien está interesado en un proceso debe realizar toda la actividad que este a su alcance para esclarecer los hechos materia del litigio*” (Ramírez, 2013, pág., 191)

De acuerdo con Peláez (2015) la carga de la prueba se define

“(…) constituye como un concepto íntimamente relacionado a los denominados imperativos procesales, es decir, con aquellas condiciones mínimas necesarias que deben cumplirse o ejecutarse por cuenta de los sujetos procesales para que el acto que estos pretendan realizar produzca efectos jurídicos” (Peláez, 2015, pág., 88)

De la anterior definición Peláez deduce los aspectos que integran la carga de la, prueba de la siguiente manera:

“Regla de juicio: Como el juez “debe tomar las decisiones ya sea por las pruebas allegadas por las partes, o también le indica cómo debe fallar para evitar una sentencia inhibitoria”.

Regla de Conducta: Cuyo destino “son los sujetos procesales, indirectamente les señala cuales son los hechos que le corresponde probar”. De lo contrario tendrán consecuencias adversas” (Peláez, 2015, p.89)

Según la Corte Constitucional, la carga de la prueba parte del postulado *onus probandi* el cual indica que, “(…) por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo” (Corte Constitucional Sentencia C- 086 de 2016)

Este principio se encontraba estipulado en el derogado Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) que en su artículo 177 consagraba el deber probatorio de las partes de la siguiente manera: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. (Decreto 1400 de 1970, art. 177). Esto se traduce en la acepción de que, si alguna de las partes desea demostrar un hecho, debe aportar las pruebas que considere necesarias para llevar al juez a tener certeza sobre las pretensiones o excepciones, que se pudieren haber formulado.

Así las cosas, las partes son las que a su libre convicción diseñan sus estrategias de defensa y determinan individualmente, tanto los hechos y los elementos de prueba que pretenden evidenciar, tenido claro que “(...) el éxito de su posición en el debate depende del resultado que logren con los elementos de juicio que oportunamente invocan y llevan ante el juez” (Rojas, 20015 pág., 218).

Por su parte la carga estática de la prueba según la Corte Suprema de Justicia consiste en lo siguiente:

Como principio universal se ha considerado que quien afirma es quien está obligado a probar, obliga a quien pretende demandar un derecho, que demuestre a través de hechos, y desplazándole la carga probatoria a la parte contraria cuando se opone o excepciona, aduciendo en su defensa hechos que requieren de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado, como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado”. (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 abril 2004)

Varios autores se han pronunciado acerca del concepto de la carga de la prueba, definiendo la carga de la prueba como:

“Una regla de juicio que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tiene en suministrar las pruebas necesarias para que los hechos se puedan demostrar, así mismo la carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso y le dice al juez como debe fallar, sí que se considere como una obligación o un deber, puede llegar a ser subjetiva, por que trae inmersa en si la citación que cada parte, tiene para demostrar a través de hechos a través de medios de prueba, sin importar si son aportados por la parte, por la contraparte o por el juez de oficio”. (Giraldo et. al, 2015, p. 65)

Para el maestro Parra Quijano (2004), las partes tienen la responsabilidad para aportar los hechos que sirvan de sustento a las normas jurídicas, que desean aplicar y las normas que indiquen al juez la forma que fallar cuando aparezcan o no probados ciertos hechos, y que a su vez se tiene la necesidad de probar el hecho, la parte que soporta la carga, pero esa actividad puede ser oficiosamente del juez o de la otra parte.

De estas definiciones, se establece que la carga de la prueba es una opción de conducta a seguir por las partes que intervienen en el proceso, convirtiéndose en una responsabilidad

ya que cada parte tiene como deber probar los hechos que alega, salvo aquellos eximidos de ser probados, por tanto, la carga de distribuye entre partes según los hechos que se alegan y son relevantes para el proceso. Para Devís Echandía 2002 citado por Juliana Pérez (2009, p.12)

“(…) la carga de la prueba es una noción procesal, en la que contiene la regla de juicio por medio del cual el juez debe fallar, cuando no encuentre pruebas que le den certeza de los hechos en los que debe fundar su decisión, e indirectamente debe establecer a que parte le es de interés la prueba de ciertos hechos, con el propósito de evitar que se generen consecuencias desfavorables a la otra parte.”

De las posturas citadas, se establece que la carga de la prueba: 1) sigue la premisa del “*Onus Probandi*” que impone el deber a las partes de probar y acreditar los hechos que invoca.2) La carga de la prueba se convierte en una autorresponsabilidad de las partes. 3) Si no se logra la acreditación del hecho que se invoca, a la parte se le genera una consecuencia negativa de no haber probado, obteniendo una decisión desfavorable.

El Código de Procedimiento Civil preveía la noción de la carga estática de la prueba en virtud de la cual: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, en consecuencia, la parte que argumentaba determinado hecho como sustento de su pretensión o excepción era quien debía probar el mismo. Esto fue modulado por el legislador, para lograr con ello un verdadero equilibrio dentro del proceso, así como la mayor objetividad para la toma de la decisión.

II. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: NATURALEZA Y DEFINICIÓN EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

La carga dinámica de la prueba se ha venido posesionado en nuestra legislación, principalmente a través de un desarrollo jurisprudencial desde hace varios años y para el año 2012 fue consagrada en el Código General del Proceso. Esta se define como la variación de la regla del *onus probandi*, en los casos donde le es más posible probar un determinado hecho a la parte contra la que se eleva el petitum (Tejada, 2014). Para Peláez la carga dinámica de la prueba es, “(…) un mecanismo por virtud del cual se radica la carga, de probar los hechos

en cabeza del sujeto que se encuentre en mejores condiciones de aportar la prueba a la actuación procesal, atendiendo sus condiciones intelectuales, profesionales, sociales, económicas, etc.” (Peláez, 2015, p.92). Este concepto que resulta plenamente acorde a la nueva regulación de la carga de la prueba estipulada en Código General del Proceso, Ley 1564 del 2012, que adicionó la posibilidad de distribuir la carga probatoria, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

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”. (Ley 1564 de 2012, art. 167)

De la lectura del artículo 167 del Código General de Proceso se desprende que, el legislador continúa estableciendo la premisa general de imponer el deber de probar un supuesto a la parte que lo alega, sin embargo, creo la posibilidad de distribuir la carga probatoria a la parte que se encuentre en posición más favorable de probar determinado hecho. Esto es lo que se conoce como “carga dinámica de la prueba”

En este sentido, se reconoce la labor del juez para que, en virtud de la norma de manera propia o por solicitud de la parte, “reasigne la carga de probar, además queda facultado para considerar que alguien está en mejor posición de acreditar un determinado hecho”. El juez debe hacer esa distribución mediante una providencia, en la que estipule que término tiene la parte para cumplir con su deber, o de desvirtuar un hecho. (Giraldo, et. al, 2015). Ahora bien, dentro de un proceso judicial en el cual las partes se encuentran enfrentadas respecto a la existencia de un derecho, se debe llevar a al juez al convencimiento ya sea de las pretensiones o de las excepciones propuestas. Ello se logra a través de las pruebas

En Colombia, antes de la implementación de la Ley 1564 de 2012 se venía aplicando la premisa general de la carga probatoria en cabeza de las partes, estableciendo. Así lo

manifestaba el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, qué sucedería si en el transcurso del proceso una de las partes al tratar de probar un hecho le resulta imposible aportar la prueba ya sea porque de alguna manera no tuviese los medios, por la falta de recursos económicos o por la imposibilidad y lejanía con la prueba; asuntos que podría chocar con el Estado Social de Derecho y con el derecho del pronto y libre acceso a la Justicia, viéndose como un trato desigual, al respecto Díaz Restrepo afirma que: “Ha dicho la Corte Constitucional en sus sentencias que es válidamente procedente un trato desigual en aplicación del contenido del artículo 13 de la Constitución Política, cuando haya respaldo de una justificación objetiva y razonable”(Díaz Restrepo, 2016, pág. 220)

Un ejemplo de esta imposibilidad de aportar la prueba por parte de una de las partes, se presenta en los casos de responsabilidad médica en el cual el paciente o sus familiares no pueden acceder al material probatorio que configura los supuestos de la responsabilidad médica. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia indica lo siguiente:

“En situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y, por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad para el facultativo o la institución hospitalaria demandada. (...)” (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de noviembre 2013).

Con la introducción de la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso, se establece la posibilidad de flexibilizar el presupuesto del “*onus probandi*”, determinando que, en algunas situaciones especiales según las particularidades del caso, el juez pueda imponer el deber probatorio a la otra parte que se encuentre en una situación más favorable de aportar las pruebas que ayuden a esclarecer los hechos

Por lo anterior, no podría siempre afirmarse que el que pretende un supuesto de hecho siempre debe probarlo, pues de establecerse esta premisa como la única regla existirían hechos que nunca se lograrán demostrar y mucho menos prosperar pretensiones o excepciones. En ese orden de ideas, la nueva norma en materia civil, pretende llenar vacíos jurídicos que, en algunos casos, demostraba la imposibilidad que reflejaba la norma al momento de pretender probar un hecho y cambia en gran parte la dinámica de un proceso en

cuanto las pruebas. Esto es definido por la Corte Constitucional como el precepto de quien tiene la capacidad de probar debe hacerlo (Corte Constitucional, T – 346 de 2011)

Esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos que puede ser ajenos a su voluntad.

Es importante tener claridad de la diferencia existente entre la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba, debido a que la carga de la prueba de manera general establece que a cada parte le corresponde probar determinados hechos, en los que funda sus pretensiones o excepciones tal como lo argumentaba el Código Civil y el actual Código General del Proceso. Desde esta perspectiva quien persigue una consecuencia jurídica, debe probar los determinados hechos que le sirvan su favor y que de alguna manera se beneficie de una decisión. La carga dinámica de la prueba ha sido tratada en varias ocasiones por la jurisprudencia de las diferentes cortes, y es así como el juez en su labor de esclarecer hechos pueda invertir las cargas probatorias, cediendo la posición de probar a la parte que se encuentre en mejor posición de hacerlo.

III. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En el libro La carga de la prueba, el Profesor Gian Antonio Micheli, se sugiere una regla para decidir quién debe probar en un proceso, si quiere triunfar en su pretensión; es así que afirma “(...) que la distribución de la carga de la prueba parece establecida principalmente por la posición, ocupada por la parte misma, respecto del efecto jurídico pedido”. Critica la clasificación que hace Chiovenda de los hechos para fundar en ella la teoría sobre la carga de la prueba, y afirma que un hecho puede ser constitutivo o extintivo según cual sea el efecto jurídico perseguido por las partes. Según la teoría propuesta por Micheli, “(...) no interesa la esencia de los hechos a los fines de la carga de la prueba, sino cual es el efecto perseguido por las partes” (Arazi, p. 82)

Con referente al mismo concepto, Rosenberg traslada el tema de la carga de la prueba de los hechos a la norma. Es así como el juez analiza todos los problemas que pueden surgir,

debido a que el juez en la sentencia deberá aplicar el derecho. Afirma Rosemberg “La norma solo se debe aplicar, cuando se ha convertido en una realidad concreta y se debe omitir cuando el magistrado no ha logrado su plena convicción”. (Rosenberg, 1956, p. 82)

Devís Echandía, concluye que a ambas partes les corresponde probar los hechos que le sirvan de sustento a la norma que consagra el efecto que persigan, sin importar cuál sea la posición que ocupen en el proceso. Así mismo indica que la carga de la prueba debe examinarse teniendo en cuenta dos aspectos, a saber:

“a) la regla de juicio para el juez, y b) la distribución entre las partes del riesgo de la falta de prueba), explica que el primero radica en la importancia de la seguridad jurídica, la armonía social, el interés general en que se realicen los fines del proceso y la jurisdicción y el segundo materializa los principios de la lógica, la justicia distributiva y la igualdad del parte ante la ley (Devis, 1981, p 200)

El autor plantea el siguiente concepto sobre la regla de la distribución de la carga de la prueba de la siguiente manera:

- a) Contenido, estipulándolo de que no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo que falte, concluye que le corresponde aducir la prueba la parte que tenga interés de que tal hecho resulte probado o de evitar de que se quede sin prueba
- b) Plantea que el criterio correcto es el de Rosenberg y Micheli en que no solamente se debe contemplar la posición procesal de las partes y el hecho aislado, sino el efecto jurídico perseguido con este en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicar. (Devis, 1981, p. 211)

En ese sentido, la regla para la distribución a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido para ella, cualquiera que sea su posición procesal. De tal forma que el operador judicial en cada caso en particular, tiene el deber de “(...) agotar todos los medios para estar en claro acerca de los hechos aleados por las partes”, y en el caso de que es juez continua con duda es ahí donde debe recurrir a las reglas de la carga dinámica de la prueba. (Arazi, p. 84)

En el mismo sentido al tema fue tratado en el XVII Congreso de Derecho Procesal Temas de Rio Hondo 1993, como Ponente Arazi Roland (Comisión Procesal Civil y Comercial), donde se trató el tema de desplazamiento de la carga probatoria, donde los puntos principales a tratar, justo con recomendaciones fueron las siguientes:

- La cuestión del desplazamiento de la carga de la prueba, se reconoce hoy como la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, conocida también como principio de solidaridad y de colaboración entre las partes con el órgano jurisdiccional.
- Establece también como un aparte excepcional de las normas legales, sobre la distribución de la carga de la prueba a la que resulta oportuno recurrir solo cuando la ampliación de dicha regla resulta desventajosa, y resulta hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas o fácticas de producir dicha prueba
- Se recomendó la aplicación legal de las cargas probatorias dinámicas en la legislación a través de disposiciones taxativas, con enfoque de interpretación flexible.
- Se valora la invocación judicial oficiosa al momento de dictar sentencia, con respecto a las cargas dinámicas.

La concepción de distribución de cargas probatorias rompe con el criterio individualista y da paso a la nueva concepción de carga de la prueba, por la razón de que “(...) resulta ilógico e inicuo en tanto pretender exigir que la actividad demostrativa del hecho provenga de la parte que está en mayores dificultades para alcanzar el objetivo probatorio perseguido”. (Rojas, 2015, p., 221)

Así las cosas, el Doctor Jorge W Peyrano aclara que el significado de cargas probatorias resulta ser un concepto técnico bastante amplio pero que hoy en día está plenamente satisfecho “(...) se singulariza por contribuir a la integración y desarrollo del proceso y en especial sobre su vertiente más rica cual es el de la carga probatoria, que sustenta y explica muchos aspectos del proceso civil y la necesidad práctica de probar”. (Peyrano pág. 957)

Conforme a lo anterior, no puede decirse que la carga de la prueba recae únicamente en la parte que desea probar determinando hecho, pues sucedería que una parte sufriría la consecuencia de la falta de pruebas no porque no exista, sino porque no la puede aducir al

proceso. En ese sentido, para que se genere la distribución de las cargas probatorias, el artículo 167 del Código General del Proceso establece que debe existir la decisión del juez quien de oficio o a petición de parte impone el deber probatorio a la parte que este en mejores condiciones de probar determinado hecho, estando el juez obligado a motivar su decisión de invertir la carga probatoria manifestando las razones por las cuales le asigna esa carga probatoria a la parte, ya sea por a) su cercanía con el material probatorio, b) por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, c) por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o d) por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.

I.V. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA LEY Y EN LA JURISPRUDENCIA.

La distribución de la carga de la prueba fue implementada en principio por el artículo 1748 del Código de Derecho Canónico y por Código Procesal Civil Italiano 1942 cuando se desarrollaba el 1312 del civil y por el 118 del Código de Procedimiento Soviético. Así mismo la distribución de la carga de la prueba fue consagrada en nuestro Código Civil en el artículo 1757, “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, así mismo fue introducida en el artículo 177 de Decreto Código de Procedimiento Civil y a partir del año 2012 mediante la ley 1564 Código General, por primera vez se logra, estipular la implementación de la carga dinámica de la prueba

Para el año 1990 las cargas probatorias dinámicas empezaron a tener peso a través de la jurisprudencia es así como el Consejo de Estado mediante expediente 5902, tratando casos de responsabilidad médica, unifica este concepto al considerar que le era más dable probar al médico, en los casos donde generaba daño, antes que al paciente. Para el año 1992 el Consejo de Estado mediante en sentencia, se pronuncia argumentando que en los casos de responsabilidad medica la falla se presume, no traslada por completo la parte de la prueba al médico, sino que se distribuye de manera que le exige presupuestos a la parte actora

En esta misma línea la Jurisprudencia del Consejo de Estado para el año 2001 mediante sentencia con radicado No. 13166 considero la presunción de falla en los casos de responsabilidad, se origina la aplicación de la carga dinámica de la prueba, pero que esa presunción no puede ser aplicada generalmente, sino que el juez en su criterio debe

determinar cuál de las partes se encuentra en mejor condición de probar. Así mismo, la corte suprema de Justicia reiteró las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1104 de 2001 y concluyó que el legislador es competente no solo para establecer la carga procesal del demandante de impulsar el proceso, sino para deducir las consecuencias jurídicas en caso de no hacerlo.

La Corte Constitucional mediante sentencia T 327 del 2001, que trata sobre una familia del desplazados que pretendían que fueras inscritos en el Registro Único Nacional; para que fueran beneficiarias de la ayuda humanitaria que constaba entre otras cosas de; atención psicosocial, salud y educación, pero dicha inscripción les fue negada por el hecho de no haber aportado unos documentos que la entidad le exigía tales como; el expediente documento expedido por la Delegación de la Red de solidaridad social para el Choco afirma la corte que en virtud del artículo 83 de la Constitución Política “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*” y se debe presumir al estudiar la inclusión de personas en el Registro. Al presumirse la buena fe la carga se invierte y son las autoridades quienes tienen el deber de probar si la persona tiene calidad de desplazado o no. Asunto que de no ser así se crearía una barrera para que los accionantes pudieran obtener justicia.

4.1 Casos de inversión de la carga dinámica

Como se ha mencionado, en el ordenamiento jurídico colombiano la aplicación de la carga dinámica de la prueba ha tenido un desarrollo principalmente jurisprudencial en el cual los jueces al resolver determinados problemas jurídicos plantearon la posibilidad de al momento de analizar los hechos invertir la carga de la prueba entre las partes para así llegar a una mayor certeza acerca de los supuestos que se debaten. En este acápite se hará un análisis de algunos casos, a saber:

Es así como mediante Sentencia C – 070 de 1993. El accionante demanda la inconstitucionalidad del numeral 2 del Parágrafo 2 del artículo 424 del derogado Código de Procedimiento Civil. En su demanda argumenta que la norma acusada vulnera el derecho al debido proceso, artículo 29 Constitución Política “específicamente el derecho a presentar

pruebas y controvertir las allegadas en su contra”. Al tenerle como suficiente la afirmación del demandante, expresando que se le adeudan determinados cánones de arriendo sin que el demandado sea oído, salvo que este deposite los cánones que no se sabe si realmente debe. Como concepto del Ministerio Público, existen son presunciones una a favor del demandante, cuando la demanda se presenta por falta de pago y la otra para el Demandado; presume el pago de los anteriores períodos, cuando éste presente los recibos de pago correspondientes a los tres últimos períodos. La Corte en este caso reitero la regla general de que quien alega debe probar, este fue su razonamiento:

“Las excepciones al principio general de "quien alega, prueba", obedecen corrientemente a circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos. En estos casos, el traslado o la inversión de la carga de prueba hace que el adversario de la parte favorecida con la presunción o que funda su pretensión en hechos indefinidos es quien debe desvirtuarlos. En uno y otro evento el reparto de las cargas probatorias obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”. (Corte Constitucional, C – 070 de 1993)

La Corte afirma así mismo que no es lógico dar aplicación al principio general del derecho probatorio “incumbe al actor probar los hechos en los que basa su pretensión”. Si ello fuera así, el demandante se vería ante la necesidad de probar que el arrendatario no le ha pagado en ningún momento, en ningún lugar y bajo ninguna modalidad, lo cual resultaría imposible dada las infinitas posibilidades en que pudo verificarse el pago. Precisamente por la calidad indefinida de la negación no pago, es que se opera, por virtud de la ley, la inversión de la carga de la prueba. Al arrendatario le corresponde entonces desvirtuar la causal invocada por el demandante, ya que para ello le bastará con la simple presentación de los recibos o consignaciones correspondientes exigidas como requisito procesal para rendir sus descargos.

Por lo anteriormente argumentado la Corte considera que, no es posible declarar la inexecutable del artículo en mención, porque en su redacción el legislador no se le están negando los derechos a ser oído, sino que invierte la carga, para que el demandado acredite con recibos de pago que si cumplido con su obligación y no se revela

desproporcionado por que las pruebas que se lo solicitan no son irracionales e imposibles de cumplir, para finalizar afirma que no es contraria al contenido y alcance del derecho fundamental al debido proceso.

En la misma línea Jurisprudencial la sentencia T – 415 de 2006. El accionante interpuso acción de tutela por presunta vulneración de los derechos a la vida y la salud; debido a que un menor se encontraba adoleciendo Ambliopia y pie plano, en el momento el menos se encontraba afiliado en calidad de beneficiario, y a finales del 2005 la Secretaria de Salud dio la orden de desafiliarlo. El menor solo podía recibir atención en calidad de vinculado viéndose en la obligación de pagar una cuota de recuperación, pero el accionante que por ser error administrativo y por falta de recursos económicos no podía cubrir dicho pago.

El Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá, decide no conceder el amparo de tutela y remitirlo a un hospital de primer Nivel, el cual respondió que no podía atenderlo porque no contaba con los servicios especializados necesarios, a la Corte posteriormente le corresponde la revisión de la decisión proferida dentro de la acción de tutela. En este caso, el alto tribunal afirma que la parte actora hizo la afirmación de que carece de recursos económicos suficientes para sufragar el valor correspondiente a la prestación de la atención medica del menor, la cual no fue desvirtuada por la parte accionada y durante todo el proceso se asumió como cierta, a saber:

“La Corte Constitucional ha determinado que, como regla general, en los casos en que exista incapacidad económica del usuario del servicio, le compete al afiliado o beneficiario probar tal situación. No obstante, en presencia de afirmaciones en tal sentido sin acervo probatorio que las respalde, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo a la E.P.S. o A.R.S. desvirtuar lo sostenido por el usuario.

Así, lo ha precisado esta Corporación: En varias oportunidades la Corte ha explicado que, ante la afirmación del usuario de no contar con los recursos suficientes, la carga de la prueba se invierte y en tal medida corresponde a las entidades promotoras de salud demandas en sede de tutela desvirtuar lo afirmado por el accionante” (Corte Constitucional, T – 415 de 2006)

Para el año 2000 mediante C-1141 de 2000. Sentencias se analiza la carga de la prueba para casos de vital importancia, el alto tribunal analiza la inversión de la carga de la prueba,

para la protección de los consumidores, ante un concepto rendido por la Superintendencia de Industria y Comercio y concluye que, la posición del consumidor no le permite conocer en detalle el proceso de producción más aún si este se desarrolla en condiciones técnicas que solamente son dominio del empresario industrial.

La ley desconoce las circunstancias de inferioridad del consumidor cuando, estos supuestos, exige a la persona perjudicada con producto defectuosos, puesto en circulación por un empresario, cargas adicionales a la prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre este último y el primero, puesto que acreditado este extremo, corresponderá al empresario demostrar los hechos y circunstancias que lo eximan de responsabilidad y que, conforme a las reglas legales a las pautas jurisprudenciales, le permitan excluir la imputabilidad causal de hecho dañosos o sufrido por aquella

Se es necesario de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de producción y comercialización de bienes y servicios necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales.

El anterior concepto fue también citado para resolver la consulta con radicado 17-254801-1. Con respecto a repetición de fallas de garantías de los productos y servicios prestados y la responsabilidad que tienen los expendedores, productores y proveedores.

En el mismo orden de ideas la Superintendencia de Industria y comercio mediante concepto con radicado: 16-161212-2-0, pretende dar un concepto con respecto a anomalías que resultan con prestación al servicio aéreo, y la responsabilidad que puede asumir las agencias de viajes, en la que concluye la superintendencia de Industria y comercio que las agencias responden solidariamente frente al consumidor.

Cita que la doctrina se ha pronunciado en repetidas ocasiones:

“A el consumidor solo le corresponde probar que, dentro de la garantía, el producto presento un defecto, sin necesidad de demostrar la causas que lo generaron; probando el

defecto del producto, será el producto o el expendedor el que tenga la carga probatoria de demostrar que el defecto se generó por una de las causales de exoneración de responsabilidad establecida taxativamente en el artículo 16 de la ley 1480 de 2011 referente a exoneración de responsabilidad de la garantía. Esta es una inversión de carga de la prueba, porque en las reglas tradicionales de la responsabilidad, como el saneamiento de vicios ocultos el demandante no solo debe demostrar el defecto del bien, sino además las causales que lo generaron que existía con anterioridad a la venta”.

Por lo anterior la carga de la prueba dentro de asuntos de carácter jurisdiccional referido a la efectividad de la garantía se encuentra invertida en razón de la presunción de inferioridad en que se encuentran los consumidores ante quienes provean bienes y servicios, corresponderá únicamente la prueba de existencia del daño, en tanto que el proveedor deberá probar todo lo relativo a su exoneración dentro del proceso. De acuerdo a lo anterior existe un elemento que es de suma importancia, esto es la proporcionalidad como pasará a analizarse a continuación.

V. LA PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, es una concreción del denominado principio de legalidad, y funge como la medida que por excelencia limita la discrecionalidad y arbitrariedad del Estado. Su esencia es la de prohibir desde la ley, el exceso en la imposición de cargas, y su concordancia con el hecho que la causa. En Colombia el principio de proporcionalidad se encuentra regulado en varias disposiciones y en todos los campos del Derecho, incluso en materia procesal.

Responde a una proposición prescriptiva, un enunciado que incardina un operador deóntico estatuyendo límites finalistas a la actuación de la Administración pública “Como principio jurídico, entendido como un mandato que goza de un elevado nivel de generalidad en el supuesto de hecho” (Manuel Atienza y Ruiz Manero, pág. 22)

La Corte Constitucional al respecto señala que el fundamento del principio de proporcionalidad no es otro que el de:

“(…) concebir los derechos, como mandatos de optimización. Y, normativamente, de principios como la interdicción de la arbitrariedad, el Estado de Derecho y el valor normativo de los derechos fundamentales, en tanto funciona como parámetro de control de los actos del Estado que intervienen, afectan o restringen los derechos constitucionales”. (Corte constitucional. Sentencia T – 561 del 17 de julio de 2012)

Este principio se subdivide en tres elementos o subprincipios: el de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales deben ser evaluados en cada evento donde el Estado haga uso del *ius puniendi*, que se traduce de manera general en lo siguiente:

- El subprincipio de idoneidad de adecuación señala que la medida usada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo el fin no debe estar prohibido constitucionalmente.

Se desarrolla en dos aspectos fundamentales el primero, si la medida legislativa debe tener un fin legítimo, el segundo, debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural (Sánchez Gil, p.40)

La importancia de este subprincipio radica en tener claro cuál es fin que la norma pretende y si la finalidad buscada un fin constitucional que se busca al hacer uso de dicha norma por parte del operador judicial.

- El de necesidad de la intervención: se debe usar cuando no existan otras alternativas menos gravosas e igualmente eficaces para lograr el fin esperado

El subprincipio de necesidad dispone que una intervención en los derechos sólo es válida si no existen medidas alternativas para obtener el objetivo final que persigue la autoridad acusada, es decir, una intervención es necesaria cuando sólo existe el medio elegido por el mismo entre; cuando existan medidas alternativas que tengan la misma eficacia que la determinada por el organismo, esta última no será necesaria

Se examinan dos exigencias: i) Si reviste del mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de ésta, ii) Si se afecta negativamente el derecho fundamental en un grado menor. Si existe algún medio alternativo

que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional (Sánchez Gil, p.47)

- El subprincipio de Proporcionalidad stricto sensu, desequilibrada o desproporcionada en sentido estricto, si genera de manera patente más prejuicios que beneficios en el conjunto de derechos, bienes o intereses en conflicto. Es el campo de ponderación *“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”* (Robert Alexi, pág.12-16)

(...) Dicho subprincipio permite evaluar la intensidad de vulneración derivada de la medida está justificada por mayor satisfacción del principio constitucional Este análisis supone verificar qué derechos se verán protegidos y cuales, restringidos con la aplicación de la medida, en otras palabras, el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido exige llevar a cabo un análisis costo beneficio en términos de principios constitucionales”. (Corte constitucional. Sentencia T – 561 del 17 de julio de 2012)

Lo anterior entonces significa que el principio de proporcionalidad implica que existe una ecuación perfecta, una aritmética simetría dentro del proceso judicial, es decir que no se pueden imponer cargas desmedidas ni hacer uso indebido del poder que tiene el Estado para regular o en la discrecionalidad atribuida a la administración. (Corte Constitucional, T – 162 del 22 de marzo de 2013)

En primer lugar, el operador jurídico debe evaluar la idoneidad de la carga impuesta, y cotejar ésta con el fin que se propone o persigue, lo cual se traduce en que su imposición persiga un fin legítimo y que se acorde con el hecho que la causa. En segundo lugar, la carga procesal debe ser necesaria, así como se debe justificar en que no exista otra de menor entidad que cumpla con el mismo propósito y que sea menos invasiva en lo que respecta a los derechos de la parte.

En tercer lugar, se encuentra el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que no es otra cosa que una ponderación entre los beneficios que trae la imposición de la carga procesal, siendo preminentes los beneficios lo que conlleva a su razonabilidad. Los autores

señalados anteriormente, al respecto refieren frente a la proporcionalidad en sentido estricto que la carga ha de ser proporcionada, esto es, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre los bienes o derechos en conflicto (Valdes, et. al), que, en palabras de la Corte Constitucional, se traduce en que “(...) el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes”. (Corte Constitucional, C – 022 de 1996).

En ese sentido, la carga procesal para que pueda considerarse proporcionada, debe superar todos los subprincipios que componen el juicio de proporcionalidad. Es por ello que para que la carga dinámica de la prueba, pueda considerarse como idónea, necesariamente debe apuntar a la consecución de un fin que sea constitucionalmente válido, por haberse puesto en vilo un bien jurídico protegido, que para el caso concreto se traduciría en la imposición del deber de desvirtuar una presunción que hace el juez con la inversión de la carga de la prueba. Luego de que ello es determinado, y en lo que respecta al elemento de la necesidad, la carga probatoria debe obligatoriamente ser la menos lesiva para los derechos del disciplinado (Valdés, et. al, 2014)

VI. LA RACIONALIDAD

El concepto de racionalidad puede relacionarse con la ley procesal en, al menos, dos sentidos principales:

- Racionalidad como coherencia y aplicación de la ley procesal, que establece un grado de propiedades en el sistema procesal que son:

El orden: secuencia en que vienen reguladas las actividades procesales

La unidad, normas que forman un contexto único con un núcleo de normas fundamentales

La plenitud: se produce cuando la ley procesal regula todos los aspectos relevantes de los mecanismos procedimentales

Simplicidad: la ley regula de modo claro un procedimiento

Quizás estas propiedades no agotan el concepto de racionalidad como coherencia de la ley procesal, pero tal vez pueda decirse que una ley procesal que sea ordenada, unitaria,

completa y simple en un nivel apreciable, es racional en una sensata acepción del término. Como conclusión a esta finalidad, se podrá decir que es racional un proceso que se desarrolle en un tiempo razonable, que incluya normas probatorias idóneas para lograr decisiones fácticas acertadas, que comprenda instrumentos para la realización efectiva de los derechos, que incluya remedios para el control relativo a la justicia de las decisiones, etc. (Taruffo, 2008, p. 192)

Para Devís Echandía la valoración racional de la prueba es una consecuencia del llamado principio del interés público del procesado y de la prueba. Pues la función del juez en materia probatoria no constituye una función íntimamente personal del el, sino también social, esto le impone a la motivación del juez un carácter social.

En el sentido de que el convencimiento al que lo llevo la prueba lleva consigo una creencia subjetiva del juez, bajo el amparo del conocimiento humano, con la máxima experiencia que permite su contra por los interesados. Si no fuera así dejaría de ser un carácter público y se convertiría en un acto propiamente íntimo del juez.

Es así como se puede decir que la racionalidad de la valoración probatoria es un concepto epistemológico, pues no requiere de norma alguna que lo establezca para entenderse que debe aplicarse; la racionalidad es una argumentación, es la corrección del conocimiento humano. Como máximo exponente de ello, en materia procesal el artículo 187 del código de procedimiento civil contenía la sana critica como base de valoración y de la argumentación. (Ferrero et. al, 2010, p. 101)

Así las cosas, las partes tiene el derecho subjetivo de que el operador judicial, haga una valoración en forma racional, que denote conexión entre lo probado y lo que el juez decide. Al respecto Ruiz, indica que “(...) la valoración consiste en la evaluación que realiza el juez para determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso pueden ser verdaderas” de tal forma que cualquier argumentación que este fuera de los criterios de la razonabilidad es vulneratorio del debido proceso y del derecho a la defensa.

Por lo anterior es importante señalar que la racionalidad debe ser aplicada por el operador judicial tal como lo señala la Constitución Política de Colombia, es decir acudiendo

a elementos objetivos (como las pruebas) y a un razonamiento que lo lleve a establecer de forma real los hechos de cada proceso. Para ello debe hacerse en las siguientes etapas:

Momento deductivo.

El juez en esta etapa del juicio de racionalidad, con la ayuda de las máximas de experiencia, puede darse la interpretación o clasificación de las inferencias en aras de establecer su capacidad de convicción, y esa convicción se genera con base en las máximas de experiencia. Las máximas de experiencia apuntan y confirman la inferencia de cada fuente. El juez puede aplicar varias máximas de experiencia, entre las que se destacan:

- ✓ Reglas Científicas: Se constituyen con base en la experiencia científica, son probables y hasta pueden lograr certeza
- ✓ Reglas Técnicas: Se realizan con base en el sentido común, son verosímiles o posibles

Para el convencimiento de determinado hecho, depende de la capacidad que tenga el operador judicial de aplicar las máximas de la experiencia.

Momento inductivo.

Como el otro momento de razonamiento probatorio, en este momento el juez ya realizó los distintos argumentos probatorios, es un momento creativo en el que se puede confirmar o refutar la hipótesis fáctica propuesta por las partes en el proceso. La inducción hace parte del concepto epistemológico, hace parte del conocimiento racional del ser humano y obedece a las leyes propias de la razonabilidad, brinda el principio lógico de coherencia y el criterio pragmático de la aceptación justificada, que permite establecer una hipótesis como verdadera.

Ahora bien, los criterios en que se debe basar el legislador para crear presunciones consisten en: Que sea razonable, quiere decir que, según las reglas de la lógica, que, a partir de datos empíricos, sea altamente probable que la ocurrencia del hecho base, conduzca necesaria y generalmente al hecho presumido.

VII. APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD Y RACIONALIDAD EN LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: A MODO DE CONCLUSIÓN.

En ciertos casos se han llegado a ocasionar desequilibrios para las partes, justamente por el deber que tienen de probar los hechos en que fundan su pretensión, ciertamente esa posición desventajosa ha llevado a que, gran cantidad de veces las partes lleguen a tener sentencias adversas, por el hecho de que no lograron probar determinado hecho que era fundamental para lograr un proceso exitoso, pero esto ha venido cambiado transitoriamente gracias a la implementación de la carga de la prueba en el nuevo Código General del Proceso, y que como se explicó en este ensayo es un función que debe materializar el operador judicial, pero esto no puede llegar convertirse en una labor arbitraria e indiscriminada, porque sucedería que se volvería al estado anterior, donde las partes volvería encontrarse inmersas en dificultades probatorias bastamente complejas.

De tal manera que debe existir una justificación por parte del juez al momento de considerar que una parte se encuentra en mejor condición de probar, y en tal caso invertir la carga probatoria, determinado así que a tal parte le corresponde probar determinado hecho, pero no basta con satisfacer el propósito de probar, sino que se debe determinar principalmente si resulta razonable y proporcional.

Aplicación de la razonabilidad. Resulta indispensable hablar de razonabilidad, al momento de aplicar la inversión probatoria, de manera que desde el momento de que se redactó la norma posee, i) un orden, en el sentido de que da secuencias a las actividades procesales, ii) la unidad que son un todo fundamental de las normas procesales, iii) la plenitud en la manera que la ley procesal fue hecha para regular aspectos civiles y los demás que no tengas norma especial, simplicidad en la manera que busca que el procedimiento sea lo más claro posible.

Ahora bien, se debe aclarar que la razonabilidad, no lleva consigo una norma que le pauté al operador judicial como y cuando y de qué manera la debe aplicar, sino que, por el contrario, es una labor que desarrolla los principios y métodos del conocimiento humano,

está inmersa en todas las normas jurídicas y en más aun en desarrollo de la norma, es así como dicho concepto limita la desigualdad y logra la armonía en la norma y su aplicación.

Para lograr una correcta aplicación de la razonabilidad de la carga dinámica de la prueba el juez debe tener pleno conocimiento, y va aplicar dos momentos el deductivo y el inductivo el primero se da utilizando las máximas de la experiencia, tal como lo define el Diccionario de Derecho Procesal; que son los juicios adquiridos por razón de la experiencia general de la vida o de conocimiento técnicos especiales. Será exitoso dependiendo la aplicar que tenga el juez de aplicar dichas reglas, el segundo es el momento en que el juez ya tiene claro cuáles son los argumento para sustentar que la parte posee mejores condiciones para probar y va tomar la decisión de invertir o no la carga.

De manera que el concepto de racionalidad, hace que la inversión de la carga de la prueba, sea coherente cuando el juez logre demostrar en la parte motiva de la decisión que realizó dicha labor de manera ordenada, unitaria, completa. Por tal razón se puede decir que la invasión probatoria ayuda a que el proceso se desarrolle en un tiempo más rápido, más ordenada por el hecho de que la parte que no puede acceder a ciertas pruebas por ciertas dificultades que pueden resultar, y la otra parte deberá hacer por la facilidad en que se encuentra siempre que el juez acertadamente logre invocar la carga a la parte de manera objetiva.

Aplicación de la Proporcionalidad. Ahora bien, con respeto a la aplicación de dicho principio, al ser el que limita la discrecionalidad que tiene el juez al invertir la carga de la prueba y a su vez hace que la labor no tienda a ser arbitraria, ya que su fundamento esencial es el prohibir que la ley le imponga cargas desproporcionadas, imponiéndole límites a la administración.

Ahora bien, el juez para aplicar el principio de proporcionalidad debe tener en cuenta al momento de invertir la carga dinámica de la prueba; i) La adecuación o idoneidad en la medida de que debe ser usada para un fin legítimo que sería el desarrollo de un debido proceso, de manera que tal decisión satisfaga lo que persigue, en un caso en concreto sería que una prueba, que siendo necesaria para esclarecer hechos del proceso sea aportada, por la parte que este en mejor posición y de esta manera persiga el fin constitucional de acceso a la justicia. ii) El de necesidad de intervención, de manera que el operador judicial analiza que

no existe otro medio adecuado y oportuno para adquirir la prueba, en la medida de que asegure que la afectación que puede ocasionarse a la parte a la que se le invierte la carga probatoria resulta ser la alternativa, la menos perjudicable y más efectiva. Al no cumplir con lo anterior no sería necesario que le juez invierte la Carga Probatoria, y por último iii) La proporcionalidad determina que el juez implementando la mencionada labor debe analizar si genera más perjuicios que beneficios a la parte que se va a invertir la carga probaría, debe abstenerse de hacerlo.

De los anteriores sub principios que debe tener en cuenta el juez, implica que este no puede determinar cargas desproporcionadas, ni hacer uso de dicha facultad sin hacer un pleno y correcto análisis

De tal manera que el principio de proporcionalidad, lleva consigo un gran valor constitucional, como garantía del ciudadano en las diferentes actuaciones que en algún caso pueden llegar a ser excesivas por parte de los poderes públicos, *“como garantía constitucional general que se aplica cuando una norma por si sola puede ser arbitraria, articula el carácter objetivo de la norma y un control de las limitaciones de los derechos fundamentales”*. (Ramírez Escudero.,2007, pág., 237)

Para finalizar se puede concluir que la proporcionalidad funciona medio de control en la medida que limita la facultad del juez al invertir las cargas probatorias dinámicas y también funciona como test de análisis debido a que si es tratado adecuadamente legitima las acciones tomas por parte del operador judicial, de manera que le da utilidad a esa carga interpuesta

VIII. CONCLUSIONES

Se limita la arbitrariedad de la dinámica de la prueba, debido a que es excepcional

Al aplicar de manera excepcional la carga dinámica de la prueba, se continua aplicando la regla general que establece que, la parte que alega un hecho es quien tiene el deber de demostrarlo ‘ manteniendo su concepción clásica, no se puede afirmar que en todos los casos el operador judicial debe hacer uso de la facultad de invertir las cargas probatorias

indiscriminadamente, sino debe hacerlo solo para solucionar casos donde la aplicación solida de la norma, podría a llevar a la desigualdad y chocaría con el deber ser de la justicia.

Es potestativa y no una obligación del operador judicial.

Al tener una aplicación excepcional, si el juez decide invertir las cargas probatorias se basara en el análisis de la proporcionalidad y razonabilidad de su decisión estudiando las particularidades de caso enfocándose en que causal del artículo 167 del CGP, se encuentra la parte a la que le invirtió la carga, quedando claro que tiempo tiene para hacerlo, y si a la parte que se le asignó dicha carga probatoria se encuentra en la capacidad de hacerlo y cuenta con los medios para lograr probar el supuesto de hecho, y no como una carga desproporcionada e imposible de cumplir, ya sea por *“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 encuentra la contraparte, entre otras circunstancias similares”*, esto tiene su origen legal en el artículo 167 de la ley 1564, que rige asuntos de manera civil y demás procesos que no tengan normas especiales. No se puede afirmar q que el juez siempre debe invertir las cargas probatorias, pues como se ha expuesto a través de este escrito la regla general de imponer a las partes el deber de probar los hechos que alegan sigue vigente y la aplicación de la carga dinámica es excepcional, estando en cabeza del juez determinar aquellos casos en los cuales resulta necesario invertir la carga de la prueba.

Busca la materializar la igualdad y solidaridad en aras de lograr justicia.

Tampoco es tiende a ser arbitraria, sino por el contrario prima la Igualdad y solidaridad ya que, en algunos casos alguna de las partes se puede encontrar en situaciones desfavorables que le imposibilitan el cumplimiento de su deber probatorio, ya sea por su condición económica, o no tiene conocimientos requeridos, porque la información no es abierta al público, es por esto que, la inversión de la carga impulsa a que se den juicios equitativos y que los litigios se resuelvan rápidamente de manera eficaz.

Es una limitación para que el juez falle, sobre hechos que no se encontraron probados, con regla de inversión de la carda de la prueba el juez tiene la posibilidad de que se les asigne

a las partes a aportar determinadas evidencias o esclarecer hechos con el fin de que no queden casos en los que el operador judicial debe declararse inhibido o que alguna manera le impida fallar por falta de pruebas en el caso concreto.

Es Una autorresponsabilidad de las partes, con el propósito de colaborar por el buen funcionamiento de la administración de la justicia, el operador judicial al invertir la carga, no se puede ver como una obligación sino como deber de aportar las pruebas, y si la parte omite dicha orden, no es posible condenarlo por ese hecho y emitir de una vez el fallo en su contra por lo anterior no se puede ver como irrazonable ni desproporcionada

No es arbitraria, por qué es aquí donde la juez nota que, si existe una desigualdad entre las partes, el operador judicial al invertir la carga probatoria utilizando criterios de proporcionalidad y razonabilidad, restablece esa igualdad y pone las partes en el litigio en iguales condiciones, por eso mismo el legislador faculta de que no solo el juez invierta la carga, sino que la parte lo pueda solicitar, es así como la Constitución Política de Colombia en el artículo 95 # 7, le asigna como deber al ciudadano ‘*colaborar por el buen funcionamiento de la Justicia*’

La carga dinámica de la prueba, se puede afirmar, que se encuentra planteado de una manera acertada por parte del legislador, al darle la facultad al juez de poder en cualquier momento del proceso, antes de dictar sentencia puede invertir las cargas probatorias, con la finalidad de que el operador judicial en su decisión resuelva el caso de fondo y que tenga plena certeza de la realidad de los hechos, al en su razonamiento darle la facultad a la parte que se encuentre en mejor posición de que entre a ocupar el lugar de quien debía probar pero que alguna circunstancia no puedo hacerlo.

La carga dinámica de la prueba trae inmersa la responsabilidad de las partes de proporcionar todos los elementos probatorios que tenga en su poder, ya sea por solicitud del juez de manera oficiosa o por solicitud de las partes pueden solicitar que se inviertan las cargas probatorias, exigiendo que una de las partes pruebe un supuesto de hecho, dándole el beneficio a la parte que se encuentre en mejor posición de probar, con el propósito de que exista un equilibrio en el que se resguarde la igualdad entre las partes.

Se ajusta a los principios constitucionales y legales, ya que la teoría de la carga dinámica se funda en los principios de solidaridad, equidad e igualdad y buena fe procesal, de tal manera que el legislador con la redacción del artículo 167 del código General del proceso, busco dar armonía a la norma, con la finalidad de que se metalice de manera más efectiva el derecho al debido proceso

La carga dinámica de la prueba, logra favorecer de una manera equitativa a la parte más vulnerable en todo proceso, no con el propósito de beneficiar a una parte en el proceso sino ayudarla a que de manera más oportuna logre tener la posibilidad de acceso a pruebas que anteriormente resultaba muy engorroso tenerla. El operador judicial tiene la responsabilidad, de qué través de criterios de proporcionalidad y razonabilidad darle el manejo adecuado, para que su fin sea efectivo

AGRADECIMIENTOS

Finalizado el presente ensayo agradezco a la Universidad Militar Nueva Granada, a todos los directivos y profesores de la Facultad de Derecho Campus, que fueron quienes, durante este largo tiempo de carrera, con sus conocimientos aportaron a mi formación como profesional, con agradecimiento especial al Dr. Òscar Iván Garzón Guevara, que me ayudo en su coordinación para lograr desarrollar el presente trabajo de grado.

Bibliografía.

Arazi, Ronald. (2008). *La prueba en el proceso civil* (3ª edición ed.) Buenos Aires, Argentina: Rubinzal- Culzoni Editores.

Congreso de la República. “Ley 1564 del 12 de julio de 2012”. *Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario oficial No. 48489 del 12 de julio de 2012.

Consejo de Estado *Sentencia* N° 13166 Sala plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera de 2001. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado *Sentencia* N° 5902 Sala plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera de 1990. M.P. Gustavo De Greiff Restrepo.

Constitución Política de Colombia (1991). (2^a edición). Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 13. Título II. (2^a edición). Disponible de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional *Sentencia C- 070 de 1993*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional *Sentencia C- 1141 de 2000*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional *Sentencia C- 388 de 2000*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional *Sentencia C-022 de 1996*. M.P. Carlos Gaviria Diaz.

Corte Constitucional *Sentencia T- 327 de 2001*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional *Sentencia T- 346 de 2011*. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional *Sentencia T- 415 de 2006*. M.P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional *Sentencia T-162 de 2013*. M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub,

Corte Constitucional *Sentencia T-561 DE 2012*. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. *Sentencia C – 086 de 2016*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. *Sentencia T – 346 de 2011*. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Suprema de Justicia *Sentencia* con radicado 2005-00025-01 de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Disponible en <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://cdn.actualicese.com/normatividad/2013/Sentencias/S20001-3103-005-2005-00025-01-13.pdf>

Cruz Tejada, H. (2014) *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. Bogotá. D.C: Departamento de Publicaciones, Universidad de los Andes.

Devís, Echandía 2002 citado por Juliana Pérez (2009, p.6) *Aplicación del concepto de carga dinámica de la prueba en materia penal dentro de un sistema acusatorio*. Recuperado el 15 de noviembre de 2018, de <https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/127/Aplicaci%C3%B3n%20del%20concepto%20de%20carga%20din%C3%A1mica%20de%20la%20prueba%20en%20materia%20penal%20dentro%20de%20un%20sistema%20acusatorio.pdf?sequence=1>

Devís, Echandía. H. (1981). *Compendio de la prueba judicial*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. Disponible en http://www.academia.edu/35320329/COMPENDIO_DE_LA_PRUEBA_JUDICIAL_-_TOMO_I_-_HERNANDO_DEVIS_ECHANDIA.pdf

Diaz Restrepo, J. (2016) *La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional*. Universidad Libre Cali. Recuperado el 18 de noviembre de 2018 de <https://www.redalyc.org/pdf/2654/265447025013.pdf>

Ferrero Beltrán J., Picó Junoy J, Ramírez Carvajal M., Ruiz Jaramillo B., Petronio Calmon., Lunch Abel X., Bustamante Rúa M., Vargas Vélez O., Medina Torres B, (2010. *La prueba y la decisión judicial*. Medellín. Colombia: Señal Ediciones S.A

Giraldo Montoya, C., Escudero Martínez C., Camacho Torres G., Duarte Hernández M, & Gonzales Arango G. (2015). *Derecho probatorio*. Bogotá D.C, Colombia: Departamento de Publicaciones, Universidad Católica de Colombia.

Leo Rosenberg: (1956) *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América

Manuel Atienza y Ruiz Manero (1996) *Las piezas del derecho Teoría de los enunciaos jurídicos* (4ª edición ed.). Barcelona: Ariel Derecho

Parra Quijano, J. (2004) *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D.C: Ediciones del Profesional Ltda.

Peláez Hernández, R. (2015) *Manual para el manejo de la prueba* (4ª edición ed.) Bogotá, Bogotá, Colombia: Doctrina y ley.

Presidencia de la República. “Decreto 1400 del 6 de agosto de 1970”. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil*. Recuperado de:

<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6923>

Ramírez Carvajal, D. (2013). *La prueba en el proceso* (1ª edición ed.) Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

Ramírez Escudero, D. (2007) *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo* (1ª edición ed.) Bogotá, Bogotá, Colombia: Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia.

Rojas Gómez, M. (2015) *Lecciones de derecho procesal* (1ª edición ed.) Bogotá, Bogotá, Colombia: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Sala plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera de 2001. M.P. Ricardo Hoyos Duque

Sánchez, Gil, R. (2007) *El principio de proporcionalidad* (1ª edición ed.) Mexico, D.F, Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de http://www.academia.edu/10961690/S%C3%A1nchez_Gil_Principio_de_Proporcionalidad_1_13_files_merged_

Superintendencia de Industria y comercio mediante concepto con radicado: 16-161212 2-0. 2016. Jazmín Roció Soacha. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/16161212%20Resp%20Agencias%20de%20viaje.pdf>

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto con Rad: 17-254801-1. 2015. Jazmín Roció Soacha. http://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/102017/Radicado_17-254801.PDF

Taruffo, Michele. *La prueba Artículos y conferencias*: Editorial Metropolitana. Recuperado de Conferencias <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>

W. Peyrano, J (2009) *Carga de la prueba* (1ª edición ed.) Buenos Aires, Argentina: Rubizal-Culzoni Editores.

