

La carga dinámica de la prueba. Entre el desafío y la realidad*

The dynamic burden of proof. A look between the challenge and reality

Helber Mauricio Sandoval Cumbe
Magister en Derecho administrativo de la
Universidad Externado de Colombia, Colombia
Director del Centro de Investigaciones de la
Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Neiva
helmasacu@gmail.com

Recibido: 04/12/17 Aprobado: 23/04/18
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1925>

RESUMEN

Esta disertación jurídica trata de mostrar, a partir de una investigación histórica de corte indo-deductivo, una aproximación al fenómeno de la carga dinámica de la prueba como uno de los institutos de derecho procesal que termina matizado por su particular aplicación por el Juez. En ese orden y basado en las fuentes del derecho colombiano, se escrutó el origen de uno y otro concepto (la carga de la prueba y su versión “dinámica”), develando su alto riesgo de arbitrariedad, lo que llevó a concluir que aún se está lejos de la unificación de sus criterios de aplicación, a pesar de los esfuerzos legales por dotarla de una estructura propia. Esto la torna en nada más que en una alternativa de utilización selectiva a la que es mejor no continuar acudiendo para evitar la tendencia que en torno a ella se ha venido teniendo, como un sofisticado concepto que por sus múltiples excepciones, cada vez se aleja más de la realidad.

PALABRAS CLAVE

Carga Probatoria; Controversia; Discrecionalidad; Proceso.

ABSTRACT

This legal dissertation tries to show an approach to the phenomenon of the dynamic burden of proof, based on historical indo-deductive research, as one of those institutes for procedural law that ends nuanced by the application of the judge. Following, and based on the Colombian law, the origin of both concepts was scrutinized (the burden of proof and its “dynamic” version), finding its high risk of arbitrariness. It led to the conclusion that the unification of its application criteria is still complex despite the legal efforts to give it a structure, which becomes nothing more than an alternative of selective use. However, it is still better not to use it in order to avoid the same current tendency as a sophisticated concept day by day farther from reality due to its multiple exceptions.

KEYWORDS

Burden of Proof; Controversy; Discretion; Process.

*Artículo de investigación.

El presente artículo es resultado de la investigación que bajo el mismo nombre se adelantó con el apoyo de los investigadores auxiliares Ana María Cabrera Rojas y Nicolás Radsha Ericson Pizarro Eghivurs, integrantes del Semillero de Investigación JAIBANA de la Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Neiva.

INTRODUCCIÓN

Como lo precisan algunos actores, todos los hechos y específicamente aquellos en los que interviene el ser humano dejan una estela de su existencia (Iglesias, J. I., 1995); no existe una circunstancia que se repita de modo idéntico y todo aquello que sucede en la naturaleza, es inexorablemente superado por un acontecimiento ulterior que tiene como referencia el tiempo en que sucede.

El derecho, como ciencia que regula las relaciones sociales, debe entonces valerse de un instrumento que le permita en época presente, traer en cita acontecimientos pasados para asignarle consecuencias jurídicas. Ningún hecho ocurre y es tratado coetáneamente en sus consecuencias jurídicas. Es por esta razón que, en lo judicial, el papel del juez es el tratamiento diferido de circunstancias precedentes que deben ser evocadas con la mayor nitidez posible, cometido al cual contribuye de manera imprescindible la prueba.

Siendo entonces un insumo del proceso, tiene la prueba una función social, en la medida en que no solo le sirve sino que, adicionalmente, permite la realización de verdaderas garantías constitucionales como el orden justo, el acceso a la administración de justicia y, en general, el debido proceso. De ninguna utilidad sería el proceso si no contase con un elemento como la prueba, que le permitiera cumplir su labor reconstructiva de los hechos y en ese orden, mostrar al operador el escenario para con el cual evaluará el supuesto de hecho de la norma.

Con razón, autores como Luis Muñoz Sabate han dicho que el conocimiento de los hechos dentro del proceso solo se adquiere con las afirmaciones de las partes, las que sin embargo, por favorecer su condición personal, se convierten en “hechos controvertidos”, lo que hace necesaria una labor histórico-crítica para averiguar lo sucedido (Muñoz, L., 1997). De ahí la importancia misma de la prueba como insumo del derecho en su cometido ínsito de ciencia reconstructiva de la realidad (Carnelutti, F., 1973); labor que ha sido destacada también por el maestro Hernando Devis Echandía, expresando que:

Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo. Es decir, la administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y de los ilícitos penales; no existiría orden jurídico alguno (Devis, H., 1994).

En ese orden, y de acuerdo a la normatividad que orienta el sistema procesal interno, la prueba es el principal instrumento legitimador de las decisiones que en el ámbito jurisdiccional se emiten.

1. LA CARGA DE LA PRUEBA

La complejidad del ámbito probatorio, trae consigo algunas situaciones en las que resulta preciso atribuir cargas a los intervinientes, en la medida en que siendo el derecho una actividad reconstructiva y el proceso una secuencia más o menos organizada de etapas para llegar a una decisión lo más cercana posible a justicia, son estos quienes deben contribuir en ese propósito.

Surge así la carga de la prueba como regla procesal, expresamente consagrada en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, según el cual “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*” (L. 1564/2012).

Como se desprende de lo transcrito, y lo han expresado algunos autores, la carga de la prueba es un aspecto que es útil tan solo en el momento de proferir la decisión final sobre el asunto en conflicto, debiendo el juez acudir a tal noción, como *regla de juicio* cuando no tiene una prueba concreta a la cual recurrir para emitir juzgamiento a los hechos que le fueron puestos de presente, asegurando con este ejercicio que su sentencia no sea inhibitoria, erigiéndose entonces un sucedáneo de la misma prueba de aquellos hechos (Devis, H., 1994, p. 150).

De cualquier forma, se sostiene también que la noción de carga de la prueba no traduce que la parte interesada en su evaluación para dar sustento a su pedido, aseveración o negación, sea en efecto quien la aporte, sino tan solo quien tiene interés en su aducción, pues bien puede el juez de oficio o la contraparte aportarla, con lo que queda cumplido lo anterior. De ahí que tan solo cuando no aparece prueba de un hecho, es cuando debe determinarse quien debía conjurar aquella omisión.

Y es que a juzgar por la filosofía de nuestro sistema procesal, todo parece indicar que la atractiva expresión “carga de la prueba” no es más que un instrumento supletivo, surgido de la casuística particular, especialmente en ámbito de las relaciones jurídico-procesales de carácter dispositivo, en las que el juez se ve enfrentado a un litigio tan solo alimentado con las aducciones adversariales de las partes, sin mayor respaldo probatorio, y el cual debe decidir de modo ineludible. Se trata de sistemas de justicia “rogada” en los que la misma dinámica del litigio impone un razonamiento perfectamente lógico: quien clama por una decisión judicial favorable debe otorgarle al fallador los instrumentos necesarios para su convencimiento y el consecuente otorgamiento del beneficio que trae consigo el supuesto de hecho en que se basan las pretensiones, al punto que la omisión en tal cometido, conllevará el fracaso de su llamado, con todo y las consecuencias que ello trae.

Otro aspecto que contribuye a menguar el frenetismo con que se evoca aquella expresión y restarle alcance al efecto que de su literalidad emerge, es precisamente la ambigüedad con que se refiere la finalidad del proceso. Así, es también claro que las pruebas, una vez aducidas, ya no serán propiedad de las partes sino del proceso y el juez, en aras de lograr un mayor y mejor acercamiento a los hechos, con todo y que el litigio sea particular e interés en principio a las partes, puede incluso decretar pruebas de oficio, tal y como le ha sido permitido de tiempo atrás y aún hoy en la ley procesal.

En definitiva, es este aspecto -el del fin del proceso-, el que hace aún más limitado el alcance de la noción en estudio y casi que la lo cual no puede haber desacuerdo, es en el carácter trivializa. El vértice de la discusión y sobre instrumental del derecho y su papel de zaguero para con la realidad social, a la que jamás podrá ni deberá someter, y más bien debe procurar modular para lograr la convivencia pacífica; empero, el proceso, que es uno de sus más preciados elementos de apoyo, se ha debatido entre dos cometidos: el de alcanzar la justicia por medio de un acercamiento lo más próximo posible a los hechos para determinarles consecuencias jurídicas, o de otro lado, resolver un litigio inter-partes, claro está, haciendo la salvedad de que jamás se podrá reconstruir de modo fidedigno la totalidad de las circunstancias que rodearon un hecho y por esa misma vía, su resultado es un paliativo real y útil aunque no necesariamente justo, para brindar también regularidad al tránsito social.

Si es lo primero, el proceso impondrá la búsqueda de la verdad y la remoción de cualquier obstáculo meramente formal y jurídico para lograr el propósito, lo que llevará a restar valor a la carga de la prueba en la medida en que, bien puede quien tiene interés jurídico en el asunto, sustraerse a su deber de acreditarle, pues si el cometido del proceso trasciende a las partes, el juez puede suplir esa deficiencia y hacerlo. Empero, si el proceso se tiene como un escenario de decisión en derecho al que concurren las partes para que un heterocomponedor aplique la jurisdicción y se pronuncie sobre un litigio sometido a su juicio, es claro que son las partes y esencialmente aquella que tiene interés jurídico en el asunto, la que debe proveer porque los hechos estén probados, cobrando importancia la carga probatoria, en tanto su no acatamiento puede dar al traste con las pretensiones formuladas, al no demostrar aquello de donde se deduce la pretensión planteada.

A juzgar por el tratamiento del asunto en el sistema procesal colombiano, todo lleva a concluir que es la segunda concepción la que se impone. En efecto, el precitado artículo 167 del Código General del Proceso, comporta en las partes interesadas el deber de probar los supuestos de hecho y las normas que soportan las pretensiones jurídicas que persiguen, de forma que es precisamente por ello que cobra importancia la aludida expresión de la carga de prueba, en un sistema en el que -valga reiterarlo-, son las partes las que deben corresponder con ese interés particular que las llevó a accionar judicialmente.

En suma, y concluyendo sobre esta misma línea, la carga de la prueba cumple una doble función: de un lado, faculta la realización de los fines del proceso y, de otro lado, permite asignar el riesgo de la falta de prueba de un hecho determinado (Devis, H., 1994). Con todo y lo mencionado anteriormente, es preciso resaltar que aquella es solo una regla general de aplicación subsidiaria que se torna inaplicable cuando para un determinado caso existe norma especial que le asigne a una parte, directa o subsidiariamente, la obligación de allegar prueba que demuestre el supuesto que se pretende su reconocimiento¹, al tiempo que no puede ser modificada por acuerdo de entre los intervinientes.

Lo dicho hasta el momento es aplicable a los procesos civiles y sus similares laborales, administrativos, de familia, etc.; sin embargo, también en materia penal cobra vigencia el instituto de la carga de la prueba. En efecto, el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, a propósito del tema y dentro del marco de la garantía de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, tiene señalado que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no adquiera firmeza la decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal, agregando, en consecuencia, que:

(...) corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado...”. Adicionalmente, el inciso penúltimo de aquella disposición, indica que “...en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria... (Pico, J., 2002).

Es claro entonces que aunque el concepto de la carga de la prueba es propio de aquellos escenarios procesales en los que se debaten intereses particulares -en los

¹Tal y como ocurre en los siguientes eventos: (i) Cuando se alega expresa o implícitamente que no existen personas con mejor o igual derecho a recibir lo pretendido en la herencia; (ii) la carga de la prueba del dolo, de la buena fe y la mala fe, del error, la violencia y la ignorancia; (iii) la carga de la prueba de la culpa y del caso fortuito o de la fuerza mayor que la exonera; (iv) la carga de probar el nacimiento de la obligación o su extinción por incumplimiento u otra causa; (v) el caso de la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*); (vi) la carga de la prueba en el caso de las negaciones; (vii) la carga de la prueba en los casos de afirmaciones indefinidas; (viii) la carga de la prueba en cuestiones procesales; (ix) la carga de la prueba en materia mercantil.

cuales predomina el procedimiento dispositivo-, el mismo también tiene su manifestación en lo penal, a través de la presunción de inocencia como garantía esencial del proceso de juzgamiento de los delitos y en general, en todo el derecho sancionatorio en el que prevalece aquella regla por la cual se releva al investigado de probar su inocencia, la que por lo demás se presume, no solo normativa sino lógicamente, pues nadie puede probar técnicamente su inocencia en tanto es imposible acreditar un hecho negativo. Exigirse esta conducta sería tanto como imponer a todo imputado una prueba diabólica (Ascencio, J. M., 2004).

No hay duda que es entonces en este ámbito en donde el concepto de carga de la prueba muestra su utilidad práctica de mejor modo: Si el órgano oficial encargado de pronunciarse sobre la responsabilidad del investigado no logra desvirtuar la presunción de buena fe que sobre él posa y que es ahora matizada bajo los ribetes de su inocencia, la decisión condenatoria debe sucumbir ante el fracaso del cometido y la falta de éxito en la ejecución de la carga que se tenía, no puede menos que beneficiar a aquel cuya inocencia se cuestionaba, manteniéndole incólume.

En el campo del derecho internacional también tiene aplicación la noción de la carga de la prueba, aunque con un carácter mucho menos vinculante, solo que debido a la naturaleza de estos ordenamientos y principalmente el carácter de los investigados –en esencia Estados-, son éstos quienes deben demostrar que la amenaza o violación atribuida nunca se ha materializado, claro está, considerando que se trata de eventos en los que se atribuye a un sujeto de derecho internacional, el hecho lesivo y la víctima como sujeto pasivo de la vulneración, se presume como titular de una condición de debilidad.

En ese orden, existe un sinnúmero de disposiciones de alcance supranacional que perfilan el funcionamiento de éste instituto en esos ámbitos. Tan solo como muestra de ello, el artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE del 29 de junio de 2000, emanada del Consejo Europeo, acerca de la carga de la prueba, precisó que:

(...) 1. Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta(...) (Directiva 2000/43/CE/2000).

En el ámbito americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido la misma tendencia, acogiendo la postura de la Corte Internacional de Justicia, afirmando:

...es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultad para realizar investigaciones, en la práctica depende para poder efectuarlas dentro de su jurisdicción de la cooperación y de los medios que le proporcione el gobierno (Abreu, A., 2011).

Como se observa en aquel orden, son las circunstancias, vicisitudes y complejidades de cada litigio, las que marcan la asignación de roles específicos en cuanto al debate probatorio.

2. LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA

Ya se ha dicho y ha quedado claro que con todo y lo instrumental del derecho, el proceso es la vía compleja a través de la cual aquel contribuye a la regularización de las relaciones sociales, al tiempo que también ha quedado claro que su servicio sería inocuo de no ser por la prueba como vehículo que facilita la reconstrucción de situaciones anteriores en pro de su tratamiento jurídico.

Se ven algunas aplicaciones prácticas de esta nueva percepción de la carga de la prueba en el sistema colombiano de fuentes del derecho:

2.1. El trámite de la acción de tutela y la inversión de la carga probatoria

La acción de tutela está instituida como un mecanismo constitucional (artículo 86 superior) tendiente a brindar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La jurisprudencia constitucional ha indicado, con criterio unánime, que en los trámites propios de este mecanismo de protección constitucional, quien alega la vulneración de una garantía fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación, **en la medida en que ello le sea posible** (negrillas propias) (CConst, T-835/2000. M.P. A. Martínez). Tal posición, establecida a manera de regla general, ha sido utilizada precisamente por su enunciado, para invertir la carga probatoria y en ese orden, utilizar un criterio dinámico de la carga probatoria.

En efecto, la reflexión inicial partía de la premisa básica de imponerle al accionante la carga o el deber de probar la vulneración del derecho fundamental, de

forma que si omitía tal cometido, simplemente se negaba la protección del mismo:

No puede el juez conceder la protección pedida basándose tan solo en las afirmaciones del demandante. Por el contrario, si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, su deber es negarla, por cuanto, así planteadas las cosas, no tiene lugar ni justificación (CConst, T- 835/2000. M.P. A. Martínez).

En el caso en mención, el accionante pretendía que cesara de manera inmediata la prestación del servicio militar obligatorio por parte de su hijo, debido al menguado estado de salud en que se encontraba el joven a causa de su padecimiento de glicemia, colesterol y soplo cardiaco. El tribunal que conoció del asunto en primera instancia, consideró que las afecciones de salud padecidas por el joven no constituían inhabilidad absoluta para la prestación del servicio, pero que sería necesario determinar si en razón a lo anterior su rendimiento se veía afectado en alguna actividad física; sin embargo, como el accionante no aportó las pruebas para demostrar ese hecho, fue necesario que el juez de primera instancia solicitara la práctica de los exámenes, de forma que se ordenó que, entre tanto, el joven debía ser asignado a la ejecución de actividades administrativas en las que no requirieran mayor esfuerzo.

El fallo de primera instancia fue impugnado por el tutelante al considerar que se había dejado a la víctima en manos y arbitrio del victimario y el Consejo de Estado, en segunda instancia, desvirtuó las aseveraciones del accionante pues los exámenes realizados por Medicina Legal arrojaron la inexistencia de signos clínicos de enfermedad, al tiempo que los resultados de laboratorio fueron reportados en límites normales. Además, consideró el Alto Tribunal que la acción de tutela no era el mecanismo adecuado para controvertir los actos administrativos por lo que declaró improcedente la solicitud de amparo y revocó la decisión proferida por el tribunal. Ya en sede de revisión, la Corte consideró que no se podía conceder la protección pedida basándose tan solo en las afirmaciones del demandante, sino que por el contrario, si los hechos alegados no se probaban clara y convincentemente, el juez debía negar el amparo.

Hay que destacar que en este tipo de acciones, la Corte ha mantenido el criterio según el cual, en casos excepcionales, es necesaria la no aplicación de la regla general y más bien flexibilizar el régimen probatorio en sede de tutela, distribuyendo de manera equitativa la carga de la prueba, lo que ha permitido predicar la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba a los procesos de tutela.

Un ejemplo de esta postura se evidenció en la sentencia T-423/2011, en el que la madre de un recluso debió interponer acción de tutela contra el INPEC, la E.P.S. Caprecom y la E.P.S. Comfama, por cuanto la primera entidad se abstuvo de brindarle tratamiento médico oportuno al interno, quien sufría una fractura en la mano. En los argumentos dados por la corporación para otorgar el amparo, hay una evidente inversión de la carga de la prueba ya que tanto la E.P.S. Caprecom, como el INPEC, se encontraban en mejores condiciones de probar que efectivamente la cirugía ordenada se había llevado a cabo y en consecuencia, para la peticionaria (de quien se dudó su legitimidad en la causa para actuar como agente oficioso) resultaba dificultoso probar que a su hijo no le habían realizado el procedimiento.

Señaló allí la Corte que:

(...) corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo". En efecto, "la carga probatoria en el trámite de la acción de tutela, es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta acción y del principio de que quien puede probar, tiene la carga de hacerlo. Este principio, alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados (...) (CConst, T-423/2011, MP. J. Henao).

En la sentencia T-596 de 2004, la Corte revocó el fallo de primera instancia, considerando que el juez no había redistribuido la carga de la prueba en torno al principio de equidad, decidiendo no tutelar el derecho a la salud e integridad personal, considerados como fundamentales, en conexidad con el derecho a la vida digna e integridad personal reclamado por el tutelante, quien era un militar que debió retirarse en razón a problemas de salud generados como consecuencia de tratos crueles por parte de sus superiores (CConst, T-596/2004, M.P. M. Cepeda). En otra decisión, la T-600 de 2009, la Corte Constitucional, avocando la situación de unos desplazados a los que se les había negado la inscripción al Registro Único de Población Desplazada (RUPD) debido a que, según Acción Social, no habían demostrado su condición de desplazados por la violencia; señaló que en virtud del principio de carga dinámica de la prueba, le correspondía al Estado probar que la persona que solicitaba su inscripción en dicho registro no tenía la calidad exigida, nivelando así la carga de la prueba de acuerdo a la posición que tenían las partes respecto la dificultad de su obtención.

De lo anterior se desprende que la regla conocida como "*Onus prodandi, incumbit actori y Reus, in excipiendo, fit actor*", que significa que:

(...) al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción y al demandado, cuando excepciona o se defiende, le corresponde, a su turno, probar los hechos en que se sustenta su defensa, para el caso de los procesos de tutela, debe aplicarse de manera flexible, en razón a que en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, este solo debe probar aquellos hechos que le sea posible demostrar (CConst, T-423/2011, MP. J. Henao).

2.2. La carga dinámica de la prueba en procesos de responsabilidad médica del Estado. Evolución jurisprudencial

Como se ha esbozado, la carga dinámica de la prueba es una teoría surgida en el seno del derecho probatorio, que asigna la carga de probar a la parte -procesal- que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo (Pérez, J., 2011).

En los procesos de responsabilidad médica hay una aplicación moderada de la regla probatoria de la carga de la prueba establecida en el entonces artículo 177 del Código de Procedimiento Civil; todo ello como consecuencia de la necesidad del juez de invertir la carga de la prueba, pues en este tipo de procesos, en su mayoría, la parte demandada se encuentra en mejores condiciones de probar los hechos constitutivos de falla del servicio.

Esta postura de la carga dinámica de la prueba empieza a tener tratamiento jurisprudencial, en sentencia del 24 de octubre de 1990 del Consejo de Estado, en la que sostuvo:

(...) Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue negligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración. Esta, entonces, tendrá la carga (entendida en el anotado sentido de interés) de demostrar que su conducta se ajustó a su obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos (CE, s3, rad. 5902/1990, C.P. G. Greiff).

El caso tratado en aquella oportunidad, refería el de una paciente del Instituto de Seguros Sociales, que durante su trabajo de parto, le fue practicado

procedimiento de ligadura de trompas, por lo que previamente le había sido aplicada anestesia raquídea. Luego de la cirugía, le aquejó dolor en sus miembros inferiores por lo que al poco tiempo le fue diagnosticada una parálisis que ocasionó graves daños morales y materiales. La demanda se fundamentó en la falla del servicio, lo cual fue reconocido por el juez a quien correspondió el asunto de forma inicial, e igualmente por el Consejo de Estado en segunda instancia, a lo que se agregó la teoría de falla presunta, argumentando que solo bastaba la probanza del daño ocasionado con instrumentos, agentes o dependencias que pertenecían al servicio del Estado o que de alguna manera estuvieren bajo su control, para declarar la responsabilidad del último.

De forma posterior, en sentencia del 24 de agosto de 1992, se indicó que no podría haber más interés en probar que su actuar no se había llevado a cabo de forma negligente, que en la propia entidad de salud demandada, por considerarse que es quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, y siendo así, le corresponde comparecer al proceso para demostrar la diligencia y cuidado, puesto que las circunstancias conforme a las cuales ocurrieron los hechos en el acto médico, con el paciente sedado o dormido en un quirófano, hacía que su probanza para el último se tornara imposible. Textualmente, señaló que:

Si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio (CE, s3, rad. 6754/1992, C.P. C. Betancour).

Posteriormente, en la sentencia del 8 de mayo de 1997, el Consejo de Estado unificó conceptos sobre el particular, manifestando que:

(...) la presunción de falla del servicio médico no se extiende ni a la relación causal ni al daño, y que el juzgador debe ponderar prudentemente todas las circunstancias del caso para establecer hasta qué punto la falla causó o contribuyó necesariamente a ocasionar el daño. La Corporación indica que cada parte probará lo que le corresponda (...) (CE, s3, rad. 11220/ 1997, C.P. C. Betancour).

Hasta esta época, el concepto de carga de la prueba estaba ideado simplemente como el acto de trasladarla

a la entidad médica del estado que se acusa de generar la falla en la prestación del servicio médico, produciendo de entrada una presunción de responsabilidad estatal.

Paulatinamente, en posteriores pronunciamientos se evidenció que el sustento de la carga de la prueba comenzaba a cimentarse en el principio constitucional de equidad (CE, rad. 11878/2000, C.P. A. Hernández), obedeciendo a que cada caso era diferente y su trato probatorio no podía ceñirse a reglas aplicables para todas las situaciones, ya que esto podría acarrear arbitrariedades. Se consideró explícitamente que el concepto de la falla presunta no podría ser inamovible, pues de su análisis dependía que la distribución de la carga probatoria fuera efectiva para establecer cuál de las partes se encuentra en una posición más favorable de allegar las pruebas con las que se puedan sustentar hechos determinados.

Así, en el 2001, con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque, se introdujo una novedad en la materia, argumentando "...la no exigencia de una certeza científica del nexo o relación causal, sino un grado suficiente de probabilidad de su existencia..." (CE, s3, rad. 13166/2001, C.P. R. Hoyos). Sin embargo, en sentencia del 31 de agosto de 2006 (CE, s3, rad. 15772/2006, C.P. R. Stella), con ponencia de la Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, se otorgó amplia relevancia a la prueba indiciaria y se consideró impertinente la aplicación de la carga dinámica de la prueba, ya que la falla probada era la regla general y su inaplicación estaba ocasionando graves perjuicios.

Esta última decisión fue fundamental para el desarrollo jurisprudencial y legal del concepto de carga dinámica de la prueba, ya que a pesar de resquebrajarse la modalidad de carga procesal aplicada para casos anteriores y que parecía ser el punto diferenciador de los procesos de responsabilidad médica, tomó más fuerza y sus efectos ocasionaron que seguidamente en varias aclaraciones de voto, magistrados como Enrique Gil Botero, consideraran como inconveniente y perversa la rigidez de la carga de la prueba tradicional en razón a que al demandante puede tener dificultades para allegar al proceso pruebas importantes.

2.3. La carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia

El sistema penal acusatorio, actualmente vigente en Colombia e introducido mediante la Ley 906 de 2004, asigna la carga de la prueba de forma exclusiva a la Fiscalía General de la Nación y excluye totalmente al juez en la actividad probatoria, limitando su labor como fallador, alejado de la orden oficiosa de pruebas. Dicho esquema concreta la obligación del Estado de

demostrar la responsabilidad de una persona más allá de toda duda razonable.

En algunos sistemas acusatorios como el angloamericano, no es válido afirmar que la carga de la prueba asignada al fiscal está solo a su cargo durante el proceso, ya que en ocasiones es necesaria la inversión de la carga de la prueba de manera parcial y relativa, para que la defensa pueda demostrar un supuesto determinado. Se admite allí que la defensa pueda mantener una actitud pasiva frente a una acusación, limitándose a negar las acusaciones del Fiscal o por el contrario, asumir una defensa afirmativa alegando cualquier causal exonerativa de responsabilidad. Esta última implica una labor especial de la defensa, la que debe argumentar la existencia de los requisitos establecidos por la ley a tal fin, de forma que el juez lo tenga como válido y sea valorado en favor de la defensa.

En Colombia, la norma señala que en ningún caso podrá invertirse la carga de la prueba. De igual forma, el sindicado tiene derecho a guardar silencio y en virtud de la presunción de inocencia, es el Estado el que debe probar su responsabilidad, sin siquiera utilizar el silencio como indicio en su contra, en la medida en que se trata también de un derecho que le asiste.

Con todo, estas consideraciones teóricas han sufrido duros remezones en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, la que ha llegado a invocar la carga dinámica de la prueba como nueva regla de apreciación probatoria.

Así ocurrió en sentencia del 25 de mayo de 2011 (CSJ SCP, rad. 33660/2011, M.P. F. Castro), en la que resolvió de fondo el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 3 de noviembre de 2009, mediante la cual revocó la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito y en su lugar le condenó como autor responsable del delito de homicidio.

Los hechos dan cuenta del asesinato de la novia del sindicado como consecuencia de la lesión sufrida por proyectil de arma de fuego y quien en su defensa alegó caso fortuito como eximente de responsabilidad, al considerar el suceso como un accidente ajeno a toda intención de lastimar o matar. En la demanda de casación, la defensa cuestiona el que en la sentencia de segunda instancia se dispusiera que, en virtud del principio de carga de la prueba, fueran ellos a quienes les correspondía demostrar el caso fortuito, criticando el que se trasladara a la defensa la carga que claramente está en cabeza de la Fiscalía.

Sobre el particular, señaló la Corte Suprema:

La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de la prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia (CSJ, SCP, rad. 33660/2011, M.P. F. Castro).

De aquellas expresiones de la Corte se advierte que la carga de la prueba debe entenderse en sentido formal y material y, principalmente, que el Sistema Penal Acusatorio obliga a la defensa a asumir una postura de mayor diligencia frente al recaudo de los elementos probatorios que le sean dables encontrar, pues se enfrentan a la afección de la Fiscalía frente al deber de recoger pruebas que demuestren la inocencia del acusado, producto de la naturaleza disyuntiva del proceso penal, motivo por el cual la recolección de dichas pruebas termina en cabeza de la defensa: *“El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia”* (CConst, C-1194/2005, M.P. M. Monroy).

Dicho pronunciamiento parece sin embargo descontextualizado, si se considera que existe unanimidad en cuanto al papel que corresponde a los órganos del Estado frente a la declaratoria de responsabilidad en materia penal, más aún si se tiene en cuenta que la presunción de inocencia se erige en regla inalterable desde el ámbito constitucional, como lo ha sostenido el máximo tribunal de esta jurisdicción en nuestro país.

La jurisprudencia constitucional, en cambio, es absolutamente inflexible en la interpretación de garantías fundamentales aplicables en materia penal, como la presunción de inocencia, lo que obliga a Estado, en ese orden, a disponer todo cuanto esté al alcance para desvirtuar aquella premisa, al punto que la actitud pasiva del sindicado, antes que perjudicarlo o serle morigerada, constituye una legítima alternativa de oposición. Así lo tiene dicho la misma Corporación de tiempo atrás, como ocurrió en sentencia C-621 de 1998, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, en la que indicó:

De allí resulta que este –el sindicado–, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados (CConst, C-621/1998, MP. J. Hernández).

3. ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ E INVERSIÓN DE LA REGLA CLÁSICA DEL ONUS PROBANDI

En el contexto colombiano, las corrientes *ius publicitas* que sirvieron de influencia determinante en la elaboración del Código de Procedimiento Civil de 1970, fueron conservadas aún con la expedición del actual Código General del Proceso. Esta concepción sustrae el proceso del exclusivo campo de acción de las partes, para convertirlo en un asunto de interés público, dada la importancia que para el Estado y la sociedad reviste la estructuración de un procedimiento común que garantice el efectivo acceso a la administración de justicia. El objeto o fin de este no se limita solo a la solución de un conflicto subjetivo, sino también a servir de medio eficaz que garantice la efectividad material del derecho sustantivo, en consecuencia, de la paz y justicia social (Vescovi, E., 1984).

No obstante, de los diversos y divergentes planteamientos doctrinarios respecto a la finalidad del proceso, ya antes esbozados, se puede extraer un consenso más o menos claro, sobre el carácter mixto del mismo, reconociendo que en este coexisten junto a una finalidad privada y subjetiva, otra de carácter general y público. En palabras de Azula Camacho, el instituto del proceso busca, junto a la *“...efectividad del derecho subjetivo reclamado por el accionante (...) la preservación de la armonía y la paz entre los integrantes del grupo...”* (Azula, J., 2008).

Con todo, aquella finalidad pública del proceso civil o común implica necesariamente la adopción de elementos procesales propios del sistema inquisitivo, facultando al juez para la realización de los actos procesales necesarios para dar impulso al proceso y llegar al conocimiento de la verdad material de los hechos. En el proceso civil moderno el juez funge como *“representante del Estado”*, razón por la cual se le otorgan facultades oficiosas para ejecutar actos procesales que en un sistema de naturaleza puramente dispositiva serían del resorte exclusivo de las partes; la

presencia entonces de elementos propios de ambos procedimientos en el ámbito civil, hacen predicar su naturaleza mixta.

El amplio espectro de facultades oficiosas otorgadas al juez, abarca entre otras y de especial manera, las relacionadas con el decreto de pruebas. Mientras que la solicitud y aporte de pruebas en los sistemas procesales dispositivos se encuentra radicada de forma exclusiva en cabeza de las partes, en aquellos de naturaleza inquisitiva y mixta, el juez bien puede decretar las pruebas que según su criterio sean necesarias para el establecimiento de la verdad material de los hechos, sin estar limitado a aquellas solicitadas por las partes.

Siguiendo esta línea, ya el Código de Procedimiento Civil tenía establecida la facultad del juez de decretar de oficio las pruebas que considerase convenientes para la correcta verificación de los hechos, en cualquier etapa procesal, antes de fallar², posibilidad que fue prevista de modo muy similar en el nuevo Código General del Proceso (L. 1564/2012).

La oficiosidad en materia probatoria que caracteriza el ejercicio del juez en el proceso civil colombiano, se ve amplificada con la facultad que a este se le otorga para la inversión de la regla general de la carga probatoria, establecida *a priori* por el legislador. Esta modificación particular y *a posteriori*, si bien fundamentada en principios supranormativos propios del Estado Social de Derecho, no debe convertirse en patente de corso para el ejercicio desmesurado de esta prerrogativa que acarree la vulneración de otros principios fundamentales con igual dignidad de ser respetados y garantizados.

De cualquier forma, debe partirse del reconocimiento implícito de la igualdad procesal como parte de los principios esenciales del sistema procesal y elemento fundante de “...un debido proceso justo...”, el cual se sustenta a su vez en el mismo derecho fundamental a la igualdad, en virtud del cual se garantiza que “...toda persona tiene iguales oportunidades para ejercer sus derechos, debiendo recibir un tratamiento exactamente igual, sin consideraciones de religión, raza, nacionalidad, posición social o económica, etc...” (CConst, C-292/2002, M.P. J. Araujo). Se trata en principio de una garantía de carácter formal que presupone la existencia de una plena igualdad de condiciones entre las partes enfrentadas en la litis.

La igualdad, como concepto relacional entre dos (2) o más sujetos (CConst, T-422/1992, M.P. E. Cifuentes), frente al derecho a obtener la prueba como elemento esencial de la garantía al debido proceso, se logra atribuyendo la carga de la prueba y las consecuencias legales que de ella derivan, a aquella que le resulte

más fácil aducirla (Parra, J., 2007), erigiéndose en el mecanismo a través del cual el funcionario judicial garantiza la igualdad material en el acceso y obtención de los medios de prueba. No obstante, la adopción de estas medidas preferenciales *a posteriori* no puede ser del todo discrecional, sino que por el contrario debe estar precedida de una justificación que fundamente la adopción de esta clase de medidas que, sin duda alguna, rompen con la igualdad procesal formal que se predica como regla general entre los extremos procesales.

En este sentido y siguiendo los derroteros establecidos por la Corte Constitucional para la aplicación morigerada y material del principio de igualdad, ha establecido que:

(..) Para que quien aplique el derecho justifique un trato diferenciado, debe probar tres elementos: 1) empírico: Que se trate de casos diferentes; 2) Normativo: Que exista un fin normativo que justifique racional y proporcionalmente la diferencia de trato y 3) Valorativo: Que la medida adoptada sea adecuada -razonable- a la luz de los principios y valores constitucionales (CConst, T-230/1994, M.P. E. Cifuentes).

En síntesis, una eventual ruptura de la plena igualdad de trato en la aplicación de la ley, debe estar plenamente justificada por parte de la autoridad judicial toda vez que de la interpretación de la norma constitucional se colige el carácter excepcional de un trato desigual y la necesidad de su razonable fundamentación.

4. UNA PROPUESTA PARA ESTABLECER REGLAS Y SUBREGLAS DE APLICACIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

La inversión de la regla general al *onus probandi* comporta una confrontación de garantías fundamentales en cabeza de los sujetos procesales, lo cual, unido al imperativo de justificación de la decisión judicial al cual se haya sometida la actividad de la autoridad jurisdiccional, hace necesario establecer un mecanismo que permita la ponderación de los derechos fundamentales involucrados, con la finalidad de dotarla de una justificación que se enmarque dentro de los parámetros establecidos por la Carta Política y la ley.

El Código General del Proceso, si bien menciona de forma enunciativa, situaciones de hecho en las cuales procede la inversión de la carga probatoria, carece a su vez de requisitos y criterios específicos para la

²En efecto, varios son los artículos del Código de Procedimiento Civil que prescriben las facultades probatorias del juez, vid entre otros, artículos 37, 180 y 186.

aplicación de la misma. El amplio espectro de posibilidades concretas a los cuales pueden aplicarse las consecuencias jurídicas de la carga de la prueba por medio de un proceso de subsunción, hace necesario establecer ciertas condiciones para definir en qué otras situaciones análogas se ven comprometidos el equilibrio material entre las partes y en consecuencia, deben determinarse las situaciones en las que se hace necesaria su aplicación. El desarrollo de estos criterios debe a su vez ceñirse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad definidos por la Corte Constitucional como parámetros de justificación de trato preferencial entre sujetos de una misma relación jurídica.

Un ejercicio de hermenéutica jurídica permite a nuestro juicio, dos reglas básicas para la distribución de la carga de la prueba, concretamente en los procesos civiles y en general dispositivos³, las que sin pretender abarcar todas las situaciones concretas en las cuales su aplicación sería procedente, contribuyen en el propósito de preservar el carácter excepcional de la distribución concreta y a futuro de las cargas probatorias, así como la efectiva garantía del derecho a la prueba que esta persigue, sin que su práctica derive en un ejercicio abusivo del derecho.

4.1. Límite temporal como garantía de igualdad procesal. Momento procesal para la inversión de la carga probatoria

Primera regla. La inversión de la carga de la prueba a solicitud de parte procede solo en el escrito de demanda: Cada acto procesal que le es dado ejecutar tanto a las partes como al juez de instancia, debe estar ubicado temporalmente en una etapa procesal concreta a fin de generar en cada interviniente que acude a la administración de justicia, la seguridad de actuar en iguales condiciones con los demás. Sobre el fundamento de esta postura se puede decir con la Corte Constitucional en el tratamiento del principio “...de igualdad procesal surgió la imperiosa necesidad de establecer términos judiciales que, de manera imperativa, exijan la realización de los actos procesales en un determinado momento, so pena de asumir las consecuencias adversas que al respecto establece el ordenamiento procesal” (CConst, T-1165/2003, M.P. R. Escobar).

Se colige entonces que la garantía del derecho fundamental de defensa parte también del establecimiento de un momento procesal específico y delimitado para proceder a la aplicación de las facultades del juez con respecto a la inversión de la carga de la prueba. Ahora, si bien es cierto que el Código General del Proceso establece que, en todo momento procesal, con antelación al fallo,

es procedente una decisión de esta índole, dicha consagración está lejos de generar certeza con respecto a la regularidad del proceso para las partes, colocándolas en una situación de incertidumbre que afecta directamente el principio de seguridad jurídica.

En efecto, señala el artículo 167 del citado Código, que “*el juez podrá (...) distribuir la carga al decretarla prueba, durante su práctica, o en cualquier momento...*” antes de proferir sentencia, lo que sin duda representa un amplísimo margen temporal que abarca prácticamente todas las etapas probatorias del proceso y genera de paso una peligrosa indeterminación de las formas procesales. Para resolver esta ambigüedad, deberá acudirse a una interpretación sistemática de las normas relativas a la oportunidad procesal para la solicitud y el aporte de pruebas, de todas las cuales se colige que la decisión de invertir las cargas probatorias debe limitarse en su realización a específicos actos procesales preestablecidos en el procedimiento civil.

En ese orden y si bien las disposiciones del Código General del Proceso establecen que la aplicación de este instituto procesal será procedente “a solicitud de parte”, no se establece de manera taxativa el momento procesal específico en el cual la petición deba llevarse a cabo, indeterminación que ha de resolverse por la misma vía anterior, acudiendo a los presupuestos procesales de la demanda establecidos en la misma.

Dentro de los sistemas procesales regidos por el principio procesal dispositivo, la demanda constituye el acto de introducción al proceso. Su interposición ante el órgano jurisdiccional es requisito *sine qua non* para que la autoridad judicial despliegue el ejercicio de sus competencias y en consecuencia, conozca de un caso en particular. Sin embargo, el deber constitucional del juez, en conocer de una determinada situación jurídica, se encuentra supeditado a que el acto procesal de demanda, cumpla una serie de requisitos.

Entre estos, también denominados presupuestos procesales, se encuentra a modo general, el aporte y solicitud del material probatorio, tal y como lo tiene señalado el numeral 6 del artículo 82 del Código General del Proceso, como requisitos de la demanda “...6. *La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte...*”.

Interpretando gramaticalmente la normatividad expuesta, se deja en evidencia que la solicitud de parte para la inversión de la carga probatoria debe de

³Se excluyen de nuestra consideración los trámites penales, para con los que hemos dicho que el mismo fundamento de la carga de la prueba en su versión dinámica impondría per se la flexibilización de la presunción de inocencia y la imposición al sindicado de una carga no aceptada constitucionalmente.

llevarse a cabo dentro del escrito de demanda, toda vez que es innegable la íntima conexión entre ambos actos procesales.

4.2. El principio de autorresponsabilidad de la prueba como límite a la inversión de la carga de la misma

Segunda regla. *La inversión de la carga de la prueba procede, previa demostración por del interesado, del ejercicio de los actos posibles dentro de su órbita legal de acción para la obtención de los medios de prueba:* La aplicación del principio procesal de congruencia, trae como lógica consecuencia el que los actos probatorios realizados por el juez de instancia con respecto al decreto de pruebas, deban ceñirse exclusivamente a la verificación de la existencia de los hechos causa de la *litis* que se expusieron por la parte en el escrito de demanda. Esta restricción es razonable si se parte de la base que los extremos procesales son los sujetos de la relación procesal que primordial y pormenorizadamente deben conocer los supuestos fácticos que fundamentan sus pretensiones. En consecuencia, la iniciativa probatoria recae principalmente sobre las partes, las cuales poseen la mayor responsabilidad en el aporte y solicitud de los medios de prueba, mientras que la actividad desplegada por el juez, por naturales razones, tiene un menor protagonismo. Esta realidad sirve de fundamento para que el desarrollo normativo exija *la autorresponsabilidad de la prueba como principio del derecho probatorio.*

Esta *autorresponsabilidad* implica para las partes, como bien lo expresa Devis Echandía, “...la libertad para llevar o no la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados por el contrario, pueden perjudicarlas” (Devis, H., 1970). Surge así una íntima conexión entre la regla tradicional del “*onus probandi*” y la *autorresponsabilidad* por la cual aquella se constituye como “*regla de juicio*” ante la ausencia de elementos probatorios derivada de la inactividad de la parte sobre la cual reposa la carga probatoria de los hechos.

La aplicación de la regla de la carga probatoria se fundamenta precisamente en la falta de la diligencia en la actividad probatoria que este principio le exige a las partes, como mecanismo que permite al juzgador, aún sin contar con medios de prueba que verifiquen los hechos constitutivos del *petitum*, expedir de manera legítima una decisión judicial nugatoria del mismo, cuyos supuestos fácticos que las sustentan no fueron debidamente probados dentro del proceso. Su uso necesario, racional y proporcional se garantiza solo en la medida que sea verificado el agotamiento de los medios que posee el interesado en la prueba ya que así se corrobora la efectiva existencia de la imposibilidad de aportar la prueba.

CONCLUSIONES:

Del análisis hecho y la propuesta aproximativa, se puede concluir que no obstante la teoría de la carga de la prueba y su versión dinámica dimanada de la necesidad de resolver las dificultades prácticas que trae consigo la falta de argumentos probatorios suficientes para adoptar una decisión y en consecuencia gravar a la parte inactiva mayormente comprometida con el pedido, es cierto que su desarrollo ha surgido del tratamiento jurisprudencial de las situaciones y hoy ya cuenta con algún respaldo normativo, tal y como ocurre con normas como el precitado artículo 167 del Código General del Proceso y de tiempo atrás con disposiciones como la contenida en el inciso primero del artículo 30 de la Ley 472 de 1998, acerca de la regulación de las acciones populares y de grupo.

El riesgo que encarna la potestad conferida al juez en tan amplia forma para que ordene la aplicación de la figura, puede llevar al rompimiento del equilibrio procesal que hasta el momento se encuentra garantizado por la misma dinámica procesal que parte de la regla general: El interesado en la prueba es quien inicialmente tiene la carga de su aducción; afirmación que como se ha analizado, podría conllevar en una específica situación a que la parte más débil de un litigio se encuentre imposibilitada de aportar las pruebas vitales para que le sean concedidos sus pedidos, lo que en su momento se advirtió como una cruel e injusta situación violatoria incluso de derechos y garantías constitucionales.

El deber de probar obedece a la naturaleza dispositiva de los trámites de corte civil y similares, pero en él subyacen fundamentos mucho más profundos como los principios de colaboración y solidaridad entre las partes, de forma que antes de generar un desequilibrio contraproducente, el juez debe acudir a las facultades oficiosas que tiene para establecer a instancias suyas, mecanismos de prueba de los hechos en litigio, sin gravar innecesariamente a una parte con una carga ambigua.

Finalmente, en el ámbito penal dicha medida está lejos de aplicarse. Y así se debe continuar, en salvaguarda de las garantías fundamentales del procesado que no pueden menguarse con argumentos como el mismo de la solidaridad, pues obligarle a asumir una actividad que le haga titular de la declaratoria de inocencia, es tanto como desconocer el derecho a la no autoincriminación, como garantía fundamental. La naturaleza intrínsecamente adversarial del proceso penal impide además dar aplicación a tal concepto, precisamente porque en caso de aplicarse, alguna de las partes involucradas en el proceso se vería sobrepasada de forma injusta, vulnerando así el principio de la igualdad de armas que rige el procedimiento penal.

Por lo tanto, un derecho procesal penal que flexibilice las garantías fundamentales cuya consecución han costado tanto esfuerzo a la humanidad, en pro de la contribución del procesado al trámite, es una verdadera afrenta al sistema jurídico que por lo mismo le hace riesgoso y permitiría, de no aceptarlo así el mismo procesado, gravarle con una consecuencia inesperada por “no probar que es inocente”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Abreu, A. (2011). *La prueba en los procesos ante la corte interamericana de derechos humanos*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Obtenido de <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>
- II. Ascencio, J. M. (2004). *Derecho procesal penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- III. Azula, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal General*. Bogotá: Temis.
- IV. Carnelutti, F. (1973). *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- V. Devis, H. (1970). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis.
- VI. Devis, H. (1994). *Compendio de Derecho procesal. Pruebas Judiciales*. Bogotá: Biblioteca jurídica DIKE.
- VII. Iglesias, J. I. (1995). *Estudios sobre Derecho probatorio, Bogotá*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- VIII. Muñoz, L. (1997). *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Bogotá: Editorial Temis C.A.
- IX. Parra, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- X. Pérez, J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica - decaimiento de su aplicabilidad. *Estudios de Derecho, 152*.
- XI. Pico, J. (2002). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Editorial J.M. Bosch Editor.
- XII. Vescovi, E. (1984). *Teoría General del del Proceso*. Bogotá: Temis.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XIII. CE, s3, Rad. 11220/1997, C.P. C. Betancour (Consejo de Estado 08 de mayo de 1997).
- XIV. CE, s3, rad. 11878/2000, C.P. A. Hernández (Consejo de Estado 10 de febrero de 2000).
- XV. CE, s3, rad. 13166/2001, C.P. R. Hoyos. (Consejo de Estado 22 de marzo de 2001).
- XVI. CE, s3, rad. 15772/2006, C.P. R. Stella (Consejo de Estado 31 de agosto de 2006).
- XVII. CE, s3, rad. 5902/1990, C.P. G. Greiff (Consejo de Estado 24 de octubre de 1990).
- XVIII. CE, s3, Rad. 6754/1992, C.P. C. Betancur (Consejo de Estado 24 de agosto de 1992).
- XIX. CConst, C-292/2002, M.P. J. Araujo (Corte Constitucional 2002 de abril de 2002).
- XX. CConst, C-1194/2005, M.P. M. Monroy (Corte Constitucional 22 de noviembre de 2005).
- XXI. CConst, C-621/1998, MP. J. Hernández (Corte Constitucional 04 de noviembre de 1998).
- XXII. CConst, T-1165/2003, M.P. R. Escobar (Corte Constitucional 04 de diciembre de 2003).
- XXIII. CConst, T-230/1994, M.P. E. Cifuentes (Corte Constitucional 13 de mayo de 1994).
- XXIV. CConst, T-422/1992, M. P. E. Cifuentes (Corte Constitucional 19 de Junio de 1992).
- XXV. CConst, T-835/2000. M.P. A. Martínez (Corte Constitucional, 05 de Julio de 2000).
- XXVI. CConst, T-423/2011, MP. J. Henao (Corte Constitucional 17 de mayo de 2011).
- XXVII. CConst, T-596/2004, M.P. M. Cepeda (Corte Constitucional 15 de Junio de 2004).
- XXVIII. CSJ, SCP, rad. 33660/2011, M.P. F. Castro (Corte Suprema de Justicia 25 de mayo de 2011).
- XXIX. Directiva 2000/43/CE/2000 (Consejo Europeo 29 de Junio de 2000).
- XXX. L. 1564/2012.