

IMPOSTURAS INTELLECTUALES: LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA Y SU FUERZA EXPANSIVA

GABRIEL HERNÁN AGUILAR

EMILIA ARANGO FERNÁNDEZ

VALENTINA CANDAMIL BURITICÁ

KATERINE DELGADO BENAVIDES

SEBASTIÁN RUBIANO-GROOT GÓMEZ

CRISTIAN TORRES SEMANATE

MARÍA PAZ VESGA RODRÍGUEZ

ANDREA LILIANA VILLASMIL VERGEL¹

RESUMEN

Las teorías dinámicas de las cargas probatorias hacen parte de una etapa por la que atraviesa el Derecho Procesal Contemporáneo, quizá como en ninguna otra, en donde el destino parece ser la constante mutabilidad y relatividad. En esta coyuntura cabe preguntarse tal vez más que nunca, cuál es la labor de los abogados o de la ciencia del derecho frente al cambio. Nos hemos venido acercando a una forma desaforada de interpretación de los principios constitucionales o razones jurídicas que avalan la teoría dinámica. Es así como queremos sostener que la indeterminación

*Fecha de recepción: 7 de diciembre de 2014
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2014*

1 Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Ponencia presentada al ICDP en el marco del XXXIV Concurso de semilleros en Derecho Procesal organizado por tal entidad.

de la carga probatoria dinámica, hace necesaria una revaloración de la misma desde la ponderación de los intereses jurídicos en juego; así como la ponderación de los derechos y principios constitucionales que se ven afectados en la actividad probatoria. Aunque la doctrina pretende esbozar diferencias entre Presunción de culpabilidad vs. Solidaridad procesal; Procesos inquisitivos vs. Constitucionalización de la actividad judicial; Pruebas ilícitas vs. Prevalencia del derecho sustancial, lo cierto es que la práctica nos demuestra que la diferencia, en su mayoría, está más en la cabeza de los abogados que en la realidad de las cosas.

Palabras clave: carga probatoria, teorías dinámicas, regla de juicio, presunción de culpabilidad, fuerza expansiva de las teorías.

INTELLECTUAL IMPOSTURES: THE DYNAMIC BURDEN PROOF AND ITS EXPANSIVE FORCE

ABSTRACT

The dynamic burden of proof theories are part of a generalized era in procedural law in which relativity and mutability are meant to rule. In this particular situation, lawyers should ask themselves about what could be their role towards change. The interpretation of constitutional principles has been expanded to such an extent that almost any interpretation of procedural rules are accepted. In this sense, this essay is meant to reevaluate the basis of the dynamic burden of proof doctrine by evaluating and comparing the modal weight of the principles involved to better understand which should prevail. The defendants of this theories note subtle differences in order to defend the possible aberrations of their doctrine; however, we think that the difference is more in lawyer's minds rather than reality.

Key words: *Burden of proof, dynamic burden proof, presumption of culpability, expansive force of the doctrines.*

1. ACLARACIONES INICIALES²

Como el título de este ensayo lo sugiere, vamos a referirnos a la fuerza expansiva de las teorías innovadoras en épocas de cambio. En particular nos referiremos a las llamadas teorías dinámicas de las cargas probatorias que hacen parte de una etapa por la que atraviesa el derecho procesal contemporáneo, quizá como en ninguna otra, en donde el destino parece ser la constante mutabilidad y relatividad. Cambios que en otras épocas parecían absurdos, irracionales, o ilógicos, están justificados hoy por una sociedad y cultura jurídica radicalmente transformada y fundada sobre principios con un contenido axiológico diseñado para avalar o legitimar la más múltiples cantidad de concepciones. En esta coyuntura cabe preguntarse, ¿cuál es la labor de los abogados o de la ciencia del derecho frente al cambio?

Permítasenos recordar un episodio ocurrido en Inglaterra a mediados del siglo XIX citado por Francisco Ricci en su Tratado sobre las Pruebas³. “*Sir Samuel Rimilly, en una larga batalla en la que propugnaba algunas ideas de reforma, había conseguido en un cierto momento obtener la aprobación de la Cámara de los Comunes sobre un proyecto de ley de la abolición de la pena de muerte por hurto, perpetrado en un negocio de bienes de valor que no excediese de los cinco chelines: el hurto del hambre y la miseria. Pero cuando el proyecto llegó después a la Cámara de Los lores, la modesta reforma fue rechazada por la firme oposición de Lord Chief Justice Ellenborough y del Chancellor Eldon, enfurecido y desdeñoso el primero, implorante y suplicante el segundo, a fin de que no se introdujeran en el derecho inglés innovaciones pasmosas y peligrosas. Hay en el exterior –exclamaba Lord Ellenborough– un peligroso espíritu de innovación, espíritu que debe ser combatido en el sacro nombre de la inmutabilidad del derecho de inglés que, en la materia era la mismísima perfección de la razón*”.

Aunque la anécdota parezca exagerada, también en el derecho probatorio, en particular en el ámbito de la carga de la prueba, hay quienes han querido encontrar en el principio clásico de distribución de la carga una regla de lógica inmutable. Es así como por ejemplo Pescatore, tomando como base la *Juris ratio* y la *utilitas*, considera que “*la lógica del derecho impone a quien alega un hecho en juicio la obligación de probar, puesto que la alegación misma no*

2 La estructura de la ponencia se basa en la estructura que usa Genaro Carrio en su monografía: “*Los límites sobre del lenguaje normativo*”.

3 RICCI, FRANCISCO (1958). *Tratado sobre las pruebas*, tomo I. Madrid. Editorial: España Moderna, págs. 87-92.

constituye de por sí una prueba”⁴. El debate en materia probatoria entonces no escapa a esa profunda polarización que parece propia de siglos pasados.

No parece posible tener a la lógica o a un principio jusnaturalístico como aliados para efectos de argumentar o hacer valer una determinada pretensión procesal. Las verdades absolutas, los “*nunca*” y los “*para siempre*” han quedado completamente eliminados del raciocino jurídico.

Ahora bien, por más de que a fuerza de evolución histórica hayamos quedado los abogados obligados a caer en una suerte de escepticismo, aquello no es óbice para librar los debates que sean necesarios para entender el sentido de las instituciones y de las nuevas corrientes que aparecen en cada una de las áreas del derecho. Es cierto que nadie es dueño de la verdad y que nadie puede hablar desde la verdad, pero esta suerte de relativismo no implica que no existan buenos y malos argumentos. De nada sirve pasar de la barrera infranqueable del naturalismo para pasar a la barrera infranqueable del escepticismo, que hace también imposible la argumentación.

En el Derecho Probatorio, por ejemplo, pareciera que hubiéremos pasado del dogma de las cargas probatorias estáticas al dogma de las cargas probatorias dinámicas. Cualquier crítica que se la haga a estas nuevas teorías es tildada de retrógrada o ingenua. Si de ser flexibles se trata, creemos que hay que partir por flexibilizar el método o las bases de la argumentación. No se puede caer en esa forma de idealización académica que tiende a creer que los errores de las teorías ajenas son esenciales, mientras que los propios son meramente accidentales. Ya en el campo de la filosofía como de otras ciencias sociales, se ha puesto presente como una aplicación descontextualizada de las teorías terminan por vaciar de sentido sus aseveraciones, avalando no posturas, sino más bien imposturas intelectuales que terminan yendo en contravía de la propia teoría que les dio origen⁵.

Es en este sentido entonces que se enmarca el presente escrito. Antes que querer desvirtuar los argumentos o bases sobre las que se funda la teoría dinámica de la carga probatoria, queremos proponer puntos de análisis para que la misma que es aún joven, y si es que ha de quedarse, madure lo más rápido posible.

4 Citado por: Micheli, Gian Antonio (1961). “*La carga de la prueba*”. Buenos Aires. Editorial: Ejea, pág. 3.

5 SOKAL ALAN, BRICMONP JEAN (1999). *Imposturas Intelectuales*. Barcelona. Ediciones: Paidós.

2. UNA CONSULTA

Nos hemos venido acercando a una forma desaforada de interpretación de los principios constitucionales o razones jurídicas que avalan la teoría dinámica. Un análisis detallado de la misma da cuenta de una serie de vicisitudes que antes que ser accidentales, parecen ser inherentes a la misma; mal puede la flexibilización probatoria convertirse en una regla, pues su misma naturaleza se lo impide. Es así como queremos sostener que la indeterminación de la carga probatoria dinámica hace necesaria una revaloración de la misma, desde la ponderación de los intereses jurídicos en juego, así como la ponderación de los derechos y principios constitucionales que se ven afectados en la actividad probatoria.

Aunque la doctrina pretende esbozar diferencias entre Presunción de culpabilidad *vs.* Solidaridad procesal; Procesos inquisitivos *vs.* Constitucionalización de la actividad judicial; Pruebas ilícitas *vs.* Prevalencia del derecho sustancial, lo cierto es que la práctica nos demuestra que la diferencia, en su mayoría, está más en la cabeza de los abogados que en la realidad de las cosas.

Supongamos que el Doctor K ejerce su profesión de abogado en alguna región de Colombia. El doctor K goza de un merecido prestigio: se lo considera un profesional recto e idóneo. Una mañana llega a su bufete y la secretaria le informa que lo ha estado esperando el señor Z que dice necesitarlo urgentemente para no perder su trabajo. El señor K lo invita a su sala a exponer su problema. El señor Z, que es médico, le cuenta al Doctor K, que unos años atrás de camino a su finca en las afueras de la ciudad fue testigo de un accidente de carros en el que uno de los pilotos quedó gravemente herido en una pierna, y estaba próximo a desangrarse. El médico, en atención a su deber ético paró su carro en la carretera y ofreció sus conocimientos al herido. El herido accedió a que el médico le ayudara y por esta razón éste le propició una serie de tratamientos de urgencia, y para calmarle el dolor le aplicó una inyección. Al poco tiempo después llegó la ambulancia para recoger al herido. Entre todo el caos, el médico trató de explicarle a los enfermeros el tratamiento que había suministrado para efectos de que quedara registrado; sin embargo, los enfermeros no prestaron mucha atención, y procedieron lo más rápido posible para estabilizar al paciente y llevarlo al hospital más cercano. El señor Z no pudo seguir a la ambulancia pues de haber ido al mismo ritmo de esta en una carretera tan peligrosa hubiera sido irresponsable, y por esta razón nunca supo qué le pasó al paciente. Al cabo de unos años recibió una demanda en su casa por parte del herido aduciendo que este había perdido más del 50% de la capacidad funcional de la pierna por culpa del médico quién le había puesto la inyección de una manera inadecuada lo cual había generado una atrofia en uno de los nervios que le impedía caminar.

De la misma manera, le comentó que el juez Hércules de primera instancia lo había condenado sorpresivamente, fundado en una llamada “*teoría de la carga dinámica*” presumiendo que éste se había abstenido de aportar material probatorio para efectos de defenderse de la pretensión del demandante, a quien no se le podía exigir ningún tipo de prueba en atención a su condición de inferioridad, y mucho menos la prueba diabólica de probar que la pérdida funcional de su pierna había sido por culpa del médico. Le comentó también que durante el proceso se surtió un peritaje para determinar la causa de la pérdida funcional de la pierna que no había dado resultados, pues los peritos no pudieron determinar la causa de la lesión. Sin embargo, y muy a pesar de esto, el juez Hércules había condenado al médico por las razones expuestas. El señor Z quiere pedirle el favor de que le explique a qué se refería el juez con las cargas probatorias dinámicas y de ser posible le ayude a apelar la referida decisión. Antes de apresurarse a contestar, el abogado K le dice al doctor Z que hará el estudio legal, doctrinal y jurisprudencial correspondiente para tratar de entender el asunto y poder redactar una demanda que atienda dichas nuevas teorías, sus críticas y partir de esto determinar si es posible apelar la referida decisión.

3. LA DOCTRINA DE LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA

En atención a la consulta, después de un análisis exhaustivo de la legislación, jurisprudencia y doctrina vigente, el abogado K llega a las siguientes conclusiones sobre el estado del arte actual, en lo que se refiere a carga de la prueba en general y particularmente las teorías dinámicas probatorias:

3.1 El problema de la carga procesal está enmarcado en la premisa menor del silogismo judicial, en particular aquella parte que se refiere a los hechos. El objeto de la misma dentro del proceso es llegar al conocimiento más aproximado de la realidad de las cosas, mediante el aporte del material probatorio.

3.2 El concepto de carga difiere del deber y obligación. Una carga es “*Un poder o una facultad, de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho de exigir su observancia pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables*”⁶.

A diferencia de lo que ocurre con los deberes y las obligaciones, el sujeto no está compelido a realizar determinada conducta para evitar una determinada sanción. Por el contrario, la noción de carga pone en cabeza del titular una

6 DEVIS HECHANDÍA, HERNANDO (2012). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá. Editorial Temis, pág. 63.

facultad, que puede usar o no, pero cuya consecuencia antes que una sanción es la pérdida de una determinada ventaja que se hubiere podido tener.

Ahora bien, las reglas de la carga de la prueba no sólo están dirigidas a las partes sino también a la actividad del juez. No sólo proporciona información respecto de cuál debe ser la labor de las partes en caso de que quieran hacer prosperar sus pretensiones, sino que también evita que el juez emita sentencias inhibitorias que no resuelvan el problema de fondo al proporcionarle una regla de juicio en casos de insuficiencia probatoria. Es así como se afirma, según las doctrinas clásicas del derecho probatorio, que los litigantes deben probar los presupuestos fácticos que invocan como fundamento de su pretensión, de manera tal que si no lo hacen, el juez impondrá las consecuencias negativas de la insuficiencia probatoria o falta de certeza en quien tenía la carga de probar⁷.

3.3 La noción de carga procesal fue introducida en un principio por Goldschmidt, quien concebía al proceso como un sistema dinámico de vínculos jurídicos y fenómenos procedimentales⁸. No es cierto que el concepto de carga procesal haya surgido en consideración a un entendimiento estático. Autores como Micheli⁹ demuestran cómo la regla clásica de la carga probatoria que partía de la noción de *acción* romana no se mantuvo incólume durante toda la época medieval, sino que por el contrario fue abolida por los germanos para después ser retomada en la época justiniana¹⁰.

7 “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba es indispensable distinguir dos aspectos de la noción: 1) por una parte es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de prueba. 2) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones”. Belén Tepsich María. “Cargas probatorias dinámicas”, en *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal Culzoni Editores, 2010, pág. 155.

8 En palabras de Goldschmidt: Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas; esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos y mandatos, sino situaciones jurídicas; es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse, y, en último término, de fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Solo aquellas son derechos en sentido procesal y las últimas, las cargas imperativas del propio interés, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones. Golschmidt, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona. Trad. Leonardo Prieto Castro, 1936, pág. 8.

9 MICHELI, GIAN ANTONIO (1961). *La carga de la prueba*. Buenos Aires - Ejea.

10 Rambaldo afirma incluso que las reglas sobre carga de la prueba no son más que una expresión más de las formas de poder plasmadas en la sociedad: “Las reglas procesales establecen una relación de poder dentro del proceso que no es más que la relación de poder que se encuentra

3.4 Son muchas las teorías que se han esbozado en torno a cómo y bajo qué criterios debería repartirse la carga probatoria en un proceso¹¹. Como lo dijimos antes, las reglas de la carga fueron concebidas, desde en un principio, bajo un entendido dinámico del fenómeno procesal. Sin embargo, con el correr de los años la regla clásica se petrificó y empezó a ser aplicada con carácter absoluto, al punto de convertirse en un dogma del derecho probatorio. Es así como aparece la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que propende por una flexibilización de la carga de la prueba, afirmando que en ciertos casos en los que la aplicación de las reglas tradicionales llevarían a una situación de imposibilidad probatoria, la carga pudiera recaer en ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre, por diversas razones, en mejores condiciones para producirla.

La justificación de la teoría es defendida desde muchos puntos de vista que podrían resumirse de la siguiente manera: concreción de la equidad para un caso concreto, un nuevo entendimiento de la labor del derecho procesal, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas rígidas, criterio de equidad en la relación procesal, deberes de lealtad y buena fe procesal, deberes de las partes de colaborar con la administración justicia, y un nuevo entendimiento de la labor del juez en la dirección del proceso¹².

Es así como Lepori White afirma: *“La Justicia aplicada al caso concreto, es decir, la equidad, resulta entonces a mi entender, el fundamento principal de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Así pues toda vez que*

preestablecida en el campo de lo social y que a su vez lo determina”. Rambaldo, Juan Alberto. “Cargas probatorias dinámicas, un giro epistemológico”, en *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal Calzoni Editores. Buenos Aires, 2010, pág. 28.

- 11 Devis Echandía hace un resumen de las principales tesis: “1) Tesis que impone el actor la carga de la prueba, pero le da a este carácter al demandado que excepciona, 2) Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega, 3) tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones, 4) teoría de lo normal y lo anormal, 5) teoría que impone la prueba a quien pretenda innovar, 6) teoría que recurre a la naturaleza constitutiva o, por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos, 7) teoría que impone a cada parte la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido”. Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Santafé, tomo I, Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 20.
- 12 Además de las justificaciones estrictamente jurídicas resulta interesante analizar la posición del Análisis Económico del Derecho de las cargas probatorias. Siguiendo el razonamiento de esta corriente de pensamiento jurídico: *“Resulta eficiente el desplazamiento del onus probandi de un hecho en aquellos eventos en que la probabilidad de que el hecho haya ocurrido, sean inferiores a que el hecho no haya ocurrido multiplicada por los costos para la contraparte de probar que el hecho no ocurrió y por ende, tampoco el daño”*. Trujillo Cabrera, Juan. “La carga Dinámica de la Prueba”. Leyer. Bogotá, 2007, pág. 75.

alguien se atribuye el carácter de parte procesal no es solamente para hacer uso de sus derechos, sino que asume también determinados deberes. Y ello es así por cuanto una vez dentro del proceso, tanto las partes como sus defensores tienen el deber de lealtad probidad y buena fe por disposición expresa de la ley"¹³.

En este mismo sentido Cechini expresa que: *"La solidaridad y cooperación como parámetros axiológicos y la dinámica de las cargas probatorias como técnica [...] En este andarivel individualista para ahora si tener cabida un valor que, sin tergiversar aquel principio (se refiere al dispositivo) lo cualifica y califica: la solidaridad, con anclaje en la cooperación que reclama de los litigantes el orden público y la moralidad que debería caracterizar toda la actividad procesal"*¹⁴.

Finalmente en este mismo sentido afirma Morelo: *"El principio dispositivo que impera en la materia [...] no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva ni el adecuado y deseado resultado de la justicia"*.

3.5 Dicha teoría, si bien es cierto que su origen es doctrinal y jurisprudencial, tiene hoy en día en Colombia una consagración legal expresa en el Código General del Proceso. El artículo 167 dispone:

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

13 LEPORI WHITE, INÉS (2010). "Cargas Probatorias Dinámicas", en *Cargas probatorias dinámicas*. Santafé. Rubinzal Calzoni Editores, pág. 69.

14 CECHINI, FRANCISCO (1999). Cargas probatorias dinámicas, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santafé*, N° 36-37. Panamericana, pág. 215.

esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

El contenido del mismo será analizado a lo largo del escrito. Sin embargo, vale la pena anotar que de igual forma valida o reafirma posiciones de jurisprudencia de las altas cortes colombianas que habían venido aplicando la teoría de tiempo atrás. La teoría ha tenido amplio sustento y acogida por la Corte Suprema de Justicia, sala de casación Civil y Penal, Consejo de Estado y Corte Constitucional.

Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Civil, afirmando: *“Es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte a esta situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso concreto, lo que repele cualquier intento de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o dulcifican el rigor del reseñado precepto”*. Y en este orden, refiriéndose a los citados instrumentos afirmó la Corte: *“Dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común la lógica o la ciencia, deduzca ciertas presunciones relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes; o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur...”*¹⁵.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Sala de Casación Penal afirmando: *“Pero dentro de criterios lógicos racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que solo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos con el fin de demostrar circunstancias que contravienen las pruebas objetivas que en su*

15 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia 22 julio 2010 exp. 4100013101004200004201. Citado por: Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Distribución de la carga de la prueba: su flexibilización en el derecho procesal contemporáneo, en *Realidades y tendencias del derecho siglo XXI*. Bogotá. Editorial Temis, 2011, pág. 140.

contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso. Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que el procesado o la defensa se le demande probar lo que le compete probar al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por este– de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del procesado”¹⁶.

Finalmente, también el Consejo de Estado ha defendido esta postura doctrinal: *“Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales, etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos hospitalarios”¹⁷.*

Resulta claro entonces que a la luz de la jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas, la carga dinámica procesal clásica no es absoluta, por el contrario, la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, incluso en épocas donde no tenía consagración legal expresa, es aplicable excepcionalmente a situaciones en las que con motivo de una determinada desigualdad procesal, una de las partes está en mayor facilidad de aportar prueba de un determinado hecho que resulta relevante para el proceso. En estos eventos puede el juez valerse de herramientas procesales como los indicios y las presunciones para exigir determinadas conductas a la parte que no se ha mostrado interesada en colaborar con el proceso o incluso fallar en su contra por esta misma situación¹⁸.

16 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal N° 35370. Sentencia 25 mayo 2011. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

17 Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Julio 30 de 1992. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Radicación 6897.

18 Este mismo razonamiento lo siguen tribunales de países extranjeros tales como Argentina y España. Así, a manera de ejemplo la Corte Suprema de Mendoza en Argentina expresó que: *Las reglas de la carga probatoria no son absolutas, sino que en ciertos casos cabe aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, según la cual el proceso no se desarrolla a la manera de una lucha de espadachines, sino que, en razón del principio de colaboración que las partes tienen*

3.6 La carga dinámica de la prueba aparece defendida desde el punto de vista constitucional en el entendido de que su aplicación, antes que violar principios constitucionales, tiene un amplio sustento axiológico en los principios más importantes del derecho procesal probatorio¹⁹. Como es bien sabido, el derecho privado no puede hoy interpretarse por fuera del marco constitucional; la línea divisoria entre derecho público y privado pasa a ser cada vez más tenue, no porque su objeto sea el mismo, sino porque los principios que operan en el derecho público constitucional han permeado al derecho privado. En este sentido afirma Konrad Hesse, refiriéndose a la relación entre derecho privado y derecho público: *“Aparecen como partes necesarias de un orden jurídico unitario que recíprocamente de complementan, se apoyan y se condicionan. En tal ordenamiento integrado, el Derecho Constitucional resulta de importancia para el derecho privado, y el derecho privado de importancia decisiva para el Derecho Constitucional [...] eso no significa, sin embargo, que la constitución hoy haya devenido fundamento de todo el ordenamiento jurídico”*²⁰.

En este sentido, autores como Carlos Ignacio Jaramillo afirman que la teoría dinámica de la prueba, antes que una deformación, permite una aplicación flexible de las normas procesales que puede garantizar mucho más efectivamente la garantía y primacía de los derechos sustanciales por sobre consideraciones formales de los trámites procesales. La teoría parece entonces estar fincada sobre los más fundamentales derechos y principios probatorios, tales como el debido proceso, el derecho a la prueba, la prevalencia de los derechos sustanciales sobre las formalidades, derecho de acceso a la administración de justicia, la solidaridad procesal, etc.

hacia el tribunal, cabe requerir la prueba de ciertos hechos a ambas partes y, en especial a la que está en mejores condiciones de probar”. SCJ de Mendoza, sala 1, 27-5-94, causa 54.129.

- 19 Además de la justificación constitucional de la teoría dinámica de la carga probatoria desde el punto de vista de los principios, resulta interesante la posición de Trujillo Cabrera quien afirma la posibilidad de aplicar la teoría por vía de excepción de inconstitucionalidad: *“La regla del onus probando es una norma procesal cuya aplicación afecta favorable o desfavorablemente a los sujetos procesales. Por tanto, la regla del onus pertenece a aquellas normas procesales de contenido sustancial y por ende, la elasticidad de su aplicación no vulnera el debido proceso. Solución similar a la aplicación directa de los principios para invocar la utilización de una regla procesal no codificada, es a la que se llega a través de la excepción de inconstitucionalidad, cuyo objeto no consiste en la anulación, sino en la no aplicación de la ley en el proceso particular”*. Trujillo Cabrera, Juan. *“La carga dinámica de la prueba”*. Bogotá. Leyer, 2007, pág. 44.
- 20 KONRAD, HESSE (2010). *Derecho Constitucional y derecho privado*. Traducción de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, pág. 81-82 citado por Jaramillo, Carlos Ignacio. *La culpa y la prueba en el campo de la responsabilidad civil médica*. Ibáñez. Bogotá, pág. 353.

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en repetidas ocasiones se han manifestado respecto de los nuevos contornos del derecho procesal contemporáneo, no sólo en lo que se refiere a cargas, sino justificando y avalando dichos cambios desde una perspectiva constitucional²¹.

Así, se ha defendido a las cargas probatorias desde el punto de vista de protección al derecho a la igualdad real y efectiva afirmando: *“El acceso a la administración de justicia implica entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad entre las partes”*²². Un correcto entendimiento de la labor de administrar justicia, implica el reconocimiento de las desigualdades que pueden darse en el marco de un proceso, lo cual hace necesaria la intervención del juez para nivelar esos derechos y facultades procesales reales.

En lo que se refiere al debido proceso, también ha sido la jurisprudencia enfática en afirmar que no existe derecho al debido proceso si no existe correlativamente el derecho a probar. Si ello es así, absurdo sería afirmar que el derecho a probar se ve respetado cuando se le impone a un sujeto que objetivamente considerado no tiene la posibilidad de cumplirlo por encontrarse en situaciones que no le permiten acceder al material probatorio²³. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, afirmando: *“El derecho a presentar pruebas y controvertirlas se traduce entonces, en un derecho a la prueba, mejor aún, en un derecho a probar los hechos que determinan la consecuencia jurídica a cuyo reconocimiento, en el caso litigado, aspira cada*

21 En este mismo sentido afirma Jairo Parra Quijano: *“hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba, a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla hasta el punto que se le exige que realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla, o las más de las veces, esa noción de carga sirve de celestina para legitimar el triunfo de una parte que administra la astucia a fin de que la otra le resultara imposible probar un hecho”*. Citado por: Carlos Ignacio Jaramillo, *op. cit.*, pág. 377.

22 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037/1996. 05 de febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo. Ref.: P.E.-008.

23 JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO (2011). Distribución de la carga de la prueba: su flexibilización en el derecho procesal contemporáneo, en *Realidades y tendencias del derecho siglo XXI*. Bogotá. Editorial Temis, 381.

una de las partes. Se trata de una aquilatada garantía de acceso real y efectivo a los diferentes medios probatorios, que le permita a las partes acreditar los hechos alegados, y desde luego, generarle el convencimiento al juez en torno a la pretensión o la excepción [...] Al fin y al cabo, de nada vale que se otorgue un plazo para acreditar el derecho, si, al propio tiempo, no se brindan las herramientas necesarias para que ello pueda tener lugar. Por tanto si el proceso es una institución viviente y no pétrea, su fase probatoria debe ser entendida como una realidad dinámica que está llamada a ser garantizada, so pena de incurrirse, in radice, en el referido vicio de nulidad”²⁴.

También en lo que se refiere a la finalidad del proceso, encuentra la doctrina una justificación constitucional. Cuando quiera que un derecho sustancial se vea amenazado por la aplicación pétrea de una norma procesal formal, deberá el juez proteger el derecho sustancial flexibilizando la determinada regla. En este sentido también se ha manifestado la Corte Constitucional: *“cuando la norma dispone, que prevalecerá el derecho sustancial, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente, el proceso, es un medio”²⁵.*

Finalmente, para terminar el análisis constitucional, se afirma que las cargas probatorias dinámicas son un freno al ejercicio abusivo del derecho de defensa. No existen en el ordenamiento jurídico derechos absolutos y por lo tanto el límite a su ejercicio lo constituye la finalidad legítima con que se pretenda hacer valer, y por tanto admite restricciones en atención a estas circunstancias: *“El derecho a la defensa admite restricciones destinadas al logro de una finalidad legítima de la misma entidad que el derecho que se restringe, siempre que no afecte su contenido esencial y que se trate de limitaciones útiles, necesarias y estrictamente proporcionadas a los beneficios que se busca alcanzar. Frente a la tensión entre el derecho de defensa y el derecho a la justicia no existe ninguna razón constitucional para sostener que el primero tenga primacía sobre el segundo”²⁶.* De esta manera sería un ejercicio abusivo del derecho de

24 Colombia. Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2005. M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 7901.

25 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-029/1995. 2 de febrero de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía. Expediente D-668.

26 Colombia. Corte Constitucional C-475/1997. 13 de junio de 1997. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Exp. D-6448. Citada por: Ibíd. Carlos Ignacio Jaramillo.

defensa pretender hacerlo valer para justificar una renuencia a colaborar con la administración de justicia, dejando de aportar pruebas que de ser aportadas harían más fácil la resolución del conflicto, con el único fin de dilatar el proceso y defenderse de una posible condena²⁷.

Después de haber hecho este análisis, el abogado K llama a su cliente a contarle sobre los avances en la investigación y a exponerle sus conclusiones parciales. Después de la reunión, Z se siente muy desilusionado y le pregunta a su abogado qué pueden hacer al respecto o si en efecto vale la pena tratar de revocar una sentencia, que a todas luces parece tener un sustento normativo jurisprudencial y doctrinal muy sólido. A esto, K responde que por más de que sea cierto que la doctrina de las cargas probatorias aparezca como el paradigma probatorio contemporáneo, no es menos cierto que es una doctrina que puede ser criticada desde muchos puntos de vista. No se trata de restarle validez a las premisas sobre las cuales está fundada sino que por el contrario se trata de entender cuáles son sus principales vicisitudes, al momento de ser aplicada por los jueces indiscriminadamente. Es cierto que las reglas probatorias tradicionales no corresponden necesariamente a principios lógicos racionales; sin embargo, no es menos cierto que una indeterminación respecto del régimen probatorio abre paso a la arbitrariedad. Las cargas dinámicas probatorias mal pueden ser reglas, es contradictorio que así lo sean, pues su fundamento es precisamente la flexibilización, la no entronización de reglas de juicio. En este sentido, es posible fundamentar una defensa que sin desvirtuar el valor de las mismas, sí ponga de presente su inoperancia para determinados situaciones de hecho. Por tal razón el abogado decide armar una defensa que dé cuenta de las principales críticas y reparos que se le ha hecho y se le pueden hacer a la teoría para demostrar los límites sobre los cuales es necesario que ésta impere.

27 En este sentido afirma Jaramillo, *op cit.*: “Al fin y al cabo, en lo que concierne al abuso del derecho debe decirse que si bien en cierto, en principio debe haber una coordinada referente a la carga de la prueba en cabeza de un sujeto, por vía de ejemplo, el demandante, en cuyo caso el demandado podría considerar que se atiene entonces a lo que se pruebe en el curso de la litis (art. 177 C. de C.P.) ello no puede llevarse al extremo de adoptar una actitud que, contraria a la Constitución y a la propia ley, se torne abusiva de tal derecho: el de defensa, rompiendo los límites que constitucional y legalmente lo informan. Ningún derecho, ni siquiera un derecho fundamental y sacrosanto –como es el derecho a la defensa– es absoluto y, consecuentemente, no se puede distorsionar su alcance y abusar de su contenido, desconociendo la teleología que persigue, la que, se insiste, no puede ser la obstrucción de la justicia y el desconocimiento de otros derechos, de suyo legítimos”.

4. CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA

Las críticas clásicas a la teoría de la carga dinámica podrían resumirse en tres grandes enunciados. El primero, que afirma que la teoría carece de respaldo normativo. El segundo, que la carga probatoria dinámica se torna sorpresiva y termina violando el principio de seguridad jurídica. El tercero, que la teoría es innecesaria pues para los mismos propósitos sirven las presunciones y la prueba indiciaria.

4.1 En lo que se refiere al primer enunciado habría que hacer la aclaración de que dicha crítica ya fue superada, pues las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria se han venido positivando a lo largo de los últimos años. Sin embargo, incluso en aquellos países que todavía no poseen una disposición que expresamente habilita la flexibilización, es perfectamente posible que los jueces apliquen la misma justificando su actuación en principios legales o constitucionales, de una jerarquía superior para efectos de garantizar el derecho sustancial²⁸.

4.2 En lo que se refiere a la segunda objeción consideran muchos que al permitirle al juez variar la regla de juicio, o imponer deberes probatorios no estipulados de antemano, se está violando el debido proceso y con ello el derecho a la defensa. Afirman estos críticos que un margen tan amplio de configuración constituye un atentado directo contra la seguridad jurídica, toda vez que no hay forma de saber cuál será la forma en que el juez valorará las pruebas al momento de dictar la sentencia. Al igual que en el punto anterior, en la legislación local, ya no existe ese problema, pues el artículo 167 citado consagra la carga dinámica pero no únicamente limitada al momento de la sentencia sino a modo de flexibilización de todo el devenir procesal en donde el juez puede en todo momento imponer o variar las cargas clásicas. La defensa a esta objeción es mucho más variada; sin embargo, parte del supuesto de que no se puede considerar sorpresiva una sentencia que imponga una pena o sanción fundada en principios constitucionales de público conocimiento, además de tener un sustento jurisprudencial uniforme. Por otro lado, entiende la doctrina que mal puede alegarse el carácter sorpresivo de la decisión si intencionalmente se hicieron toda clase de artimañas y el acusado tenía en efecto el conocimiento de los riesgos que corría de llegarse a tener que aportar los medios probatorios

28 En este sentido se pronuncia Jaramillo, *op. cit.*, pág. 115: “De lo anterior se colige que en estrictez, así fuere conveniente, de legerenda, no es forzoso que el legislador, directa y expresamente, introduzca mecanismos de flexibilización o facilidad probatoria pues aun sin ellos, es enteramente posible aplicarlos, tal y como lo han hecho diversos tribunales con solvencia fluidez y legitimidad, en acatamiento a principios de acerada valía, ora de estirpe legal, ora de estirpe constitucional”.

que estaban en su poder. Es así como afirma Peyrano: *“Ahora bien, nos preguntamos y le preguntamos al lector: en la actualidad, si el demandado es un cirujano a quien se le imputa responsabilidad civil por una mala praxis quirúrgica, ¿podría considerarse seriamente sorpresivo que se aplique en el caso la doctrina de las cargas probatorias dinámicas? Pero vayamos a un plano más general. Se predica respecto de cualquier perdedor de raíz de la aplicación de la susodicha teoría que sería una “víctima” porque podía esperar ser objeto del reparto de esfuerzos probatorios por el artículo 377. Se nos ocurre que, a la altura de los tiempos que corren, tal reflexión carece de asidero. En efecto algo parecido se podría predicar –y se predicaba– respecto, verbigracia, de la doctrina de los actos propios, y sin embargo la opinión predominante hoy es que tal riesgo de indefensión no existe”*²⁹.

4.3 Finalmente, en lo que se refiere a la tercera objeción se suele decir que no era necesaria una nueva construcción teórica en torno a la carga de la prueba, por cuanto ya con la normatividad vigente, los fines por los cuales propugna esta nueva teoría podrían suplirse por medio de la prueba indiciaria y las presunciones judiciales. Es así como un anónimo se basa en la filosofía de Guillermo de Ockam para justificar esta inoperancia: *“Ockam fue el creador del principio de parsimonia según el cual la naturaleza busca siempre el camino más económico para lograr sus fines, o sea que no hace cambios que no sean necesarios”*³⁰. A pesar de que la crítica resulta interesante, es fácilmente rebatible si se tiene en cuenta que aun cuando las herramientas probatorias como el indicio y las presunciones judiciales son de gran utilidad, tienen un campo de aplicación restringido en la medida en que son inoperantes en supuestos en los que no existe ningún tipo de material probatorio que dé pie ni siquiera a un indicio³¹.

29 PEYRANO, JORGE (2010). *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*, en *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires. Rubinzal Calzoni Editores, pág. 93.

30 Citado por Peyrano, *op. cit.* En este mismo sentido afirma A.C.P.: *“Acotación necesaria: en todos los fallos que recogen el principio de la carga de la prueba dinámica siempre la parte que se halla en mejores condiciones para producirla es también obligada a resistir o acreditar algún hecho que resulta también significativo para la suerte del proceso. Humildemente, y en tono bajo, nos parece que es más de lo mismo, índole inocua, ya que, como se advierte, todo permanece sin variación, por mucho que se discurra no se escapa al principio de identidad.*

31 En este sentido Jaramillo, *op. cit.*: *“La utilidad de este medio (el indicio) será muy relativa, justamente por cuanto en aquellos casos en los que el paciente no tenga o disponga de los elementos probatorios adecuados para acreditar la culpa galénica, si no los aporta el médico, será muy difícil que se abra paso al indicio, bien se sabe, uno de los más intrincados y también limitados medios de prueba, pues como expresamente lo ordena el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil patrio “Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso” lo que no siempre tiene lugar, a lo que se suman las*

5. UNA PROPUESTA

Una vez vistas las limitaciones de las críticas tradicionales, sumado a la justificación legal, doctrinal y jurisprudencial, la teoría de las cargas probatorias dinámicas parece estar construida sobre la base de premisas sólidas que no merecen mayor reproche; por el contrario parece estar justificada y ser necesaria en aras de una evolución de la institución jurídica procesal. ¿Están entonces nuestros personajes ficticios, K y Z, completamente perdidos? Creemos que no. Como ya lo han señalado diversos autores en alguna oportunidad, este tipo de doctrina tiene, por su misma naturaleza, una fuerza expansiva que no es siempre equitativa. Existe, como siempre, un amplio campo o rango de aplicación de la teoría que en la práctica puede terminar mostrando el riesgo de la indeterminación que supone haber abandonado la carga dinámica probatoria. Las teorías se evalúan por lo que hacen, no por lo que dicen hacer, de manera que consideramos necesario hacer unas precisiones, amén de entender a cabalidad el sentido de las afirmaciones y directrices, así como los límites de aplicación, al momento de resolver un caso en concreto. El derecho se ve siempre superado por la realidad y no es posible hacer caso omiso a estas circunstancias. La aplicación entonces de esta teoría, sin perjuicio de otros problemas, presenta unas tensiones muy específicas con la presunción de inocencia y la valoración del juez que quisiéramos apuntar con ánimo de hacer nuestro aporte al debate:

5.1 Las críticas tradicionales se quedan cortas, en la medida en que no anotan que el problema fundamental de las teorías dinámicas es un problema más de aplicación práctica que de justificación conceptual. Los principios que justifican esta aplicación están creados sobre bases sólidas; sin embargo, deben, como todos los principios que existen en un ordenamiento constitucional, ser ponderados con otros al momento de determinar cuáles han de primar. En pocas palabras, consideramos que el debate en torno a las cargas dinámicas es un problema de ponderación de principios y de la consecuente racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad con que debe establecerse el peso concreto de los principios que se transan al momento de la aplicación. Claro está que no hay principios absolutos, pero no es menos cierto que todos los principios deben ser sopesados al momento de aplicar la norma, lo cual impone matizar su entendimiento³².

conocidas restricciones inherentes a este medio de prueba, importante, claro está, pero sujeto a variados límites”.

32 No se trata de hacer un análisis constitucional de la interpretación de los principios. Sin embargo, basta anotar, con Zagrebelsky, las problemáticas asociados a un derecho construido sobre la base de principios: *“En pocas palabras a las reglas se les obedece y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones*

5.2 Empecemos entonces por la mejor posición para probar. ¿Acaso la posición o determinada calidad que se tenga, por ejemplo en este caso, de médico, implica siempre una mejor condición probatoria? Nosotros consideramos que no. No es posible que el juez aplique las cargas dinámicas probatorias cuando se encuentre ante una situación de insuficiencia probatoria. Es posible que en algún caso dicha insuficiencia sea resultado, no de un quebrantamiento a la buena fe, sino de una situación objetiva, que no obstante la calidad especial de la parte que por lo general haría posible presumir que tiene facilidad de aportación, haga imposible su participación. El juez podrá entonces ejercer sus poderes de instrucción, pero sólo sobre la base de que se hubiere probado la facilidad o disponibilidad probatoria que tiene a quien se le va a hacer la modificación de las reglas probatorias: *“Ahora bien ¿la mejor condición probatoria debe probarse? Como hemos dicho desde el inicio, la doctrina en glosa adquiere particular aplicación en procesos de coyunturas especiales donde, en el trance, se amerita una destacada apreciación de las circunstancias del caso. En ello casi siempre ocurrirá que la mentada posición dominante frente a la prueba surja evidenciada de las constancias documentales, de la índole de la controversia o, porque no, de las propias afirmaciones del sujeto mejor posicionado. Pero en muchos otros casos, advertimos, no sucede así. En tales hipótesis la mejor posición probatoria requerirá ser demostrada y su demostración correrá por cuenta de la parte cuya carga se reduce. Y tal discernimiento encuentra asidero que dinámica procesal, solidaridad, colaboración o desplazamiento no resultan equiparables a una tajante inversión de la carga de la prueba”*³³.

5.3 En consecuencia con lo anterior la aplicación de la teoría está sujeta a la exigencia de pruebas. No se trata de volver a caer en las reglas clásicas de distribución probatoria, propiciando que el que está en mejor posición se aproveche de ella. Se trata por el contrario de entender que ante supuestos de insuficiencia de pruebas, el juez puede intervenir en el proceso dinamizando las cargas pero únicamente después de tener, cuando menos, probada la mejor

*que contienen reglas; a los principios, en cambio, se presta adhesión y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y las que las palabras no hacen sino una simple alusión (...) Podrá decirse que no siempre se trata de consecuencias tranquilizadoras, por lo que se refiere a ciertas exigencias que en otro tiempo se consideran irrenunciables –por ejemplo, la certeza y la previsibilidad de las decisiones judiciales y quizá también la posición no engage de los jueces. Pero no mirar la realidad para evitar ver sus aspectos menos tranquilizadores no la transforma de acuerdo con nuestros deseos”. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid. Editorial Trotta, 2008, pág. 111.*

- 33 BARBEIRO, SERGIO JOSÉ (2010). “Cargas probatorias dinámicas”: ¿Qué debe probar el que no debe probar?, en *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires. Rubinzal Calzoni Editores, págs.101-102.

posición o facilidad de una de las partes. Así lo manifiesta Piedad Gonzales Granda³⁴: “*Pero es más amplia la opinión contraria, esto es, la que destaca como lo determinante para la aplicación de la regla de juicio es la existencia de duda, lo que implica que se haya desarrollado al menos una mínima actividad probatoria en el proceso, puesto que cuando no ha existido ninguna actividad probatoria, la sentencia absolutoria que habrá de recaer no es –estrictamente hablando– consecuencia de la aplicación de regla técnica de enjuiciamiento alguna*”³⁵. En este mismo sentido Cortes Domínguez dice: “*por el contrario, cuando no ha existido ninguna labor probatoria, el juez absuelve, pero no en aplicación de reglas técnicas de enjuiciamiento, sino por el hecho de que no están fijadas históricamente los hechos que constituyen el supuesto de la norma cuya aplicación se trata*”³⁶. ¿Acaso no era suficiente para absolver al médico Z, que los peritos no hubieren podido determinar el nexo de causalidad? ¿Si ni siquiera un cuerpo especializado pudo determinar la causalidad, bajo qué parámetros el juez infirió o probó dicha circunstancia?

34 La autora se está refiriendo a la Ley de enjuiciamiento civil española, que en su artículo 217 trae una serie de reglas probatorias que vale la pena tener como precedente: “*Artículo 217. Carga de la prueba: 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. 5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.*

35 GONZALES GRANADA, PIEDAD (2009). Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 LEC, en *Cargas de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia. Tirant Blanch, págs. 38-39.

36 Citado por Gonzales Granada IBID, pág. 4.

5.4 La aplicación de las reglas probatorias dinámicas debe ser excepcional. Su propia naturaleza, su propia justificación hace imposible que se convierta en una nueva regla probatoria. La regla no debe ser fijada una vez y para todo el proceso: *“Así podrá trasladarse de una parte hacia la otra o viceversa, y volver luego sobre la misma según resulte de la actividad desplegada por los contendientes en todo el proceso, aun después de la audiencia de marras”*³⁷. De la misma manera, no es posible aplicarla a cualquier tipo de proceso y a cualquier tipo de hechos³⁸. En este mismo sentido, también afirma Airasca: *“En general se ha aplicado a los juicios de conocimiento, sin perjuicio de alguna jurisprudencia que también la ha aplicado a los juicios ejecutivos; por nuestra parte consideramos que sólo debe aplicarse a los juicios de conocimiento, ya que su aplicación en procesos ejecutivos desvirtúa toda la teoría de los títulos ejecutivos y al proceso ejecutivo en sí”*³⁹.

5.5 La valoración del juez al momento de decretar la prueba o al momento de ejercer sus poderes oficiosos para la impulsión del proceso debe estar racionalizada de manera de que no se llegue al extremo de permitir facultades discrecionales arbitrarias. Los fallos del mismo, así como la decisión de apartarse de las cargas tradicionales, deben estar plenamente justificados y razonados. Con esto no se quiere negar la importante revaloración de la labor del juez en el nuevo derecho probatorio, ni mucho menos oponerse a la posibilidad de decretar pruebas de oficio de manera tajante. Es claro que: *“En las legislaciones modernas, la relación entre los poderes de instrucción o materiales que tiene el juez y las garantías constitucionales que tienen las partes se llama proceso dialógico o sistema fundado en la dialéctica. Atrás quedaron el sistema dispositivo tradicional y el sistema inquisitivo medieval”*⁴⁰.

No obstante, muy a pesar del reconocimiento de esta revaloración de la labor del juez en el derecho contemporáneo, no es menos cierto que las reglas de la sana crítica que serán la fuente de los raciocinios sobre los cuales el juez decidirá

37 PEYRANO, JORGE WALTER, LEPORI WHITE, INÉS (coords.) (2010). *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 106.

38 Sobre este particular afirma Peyrano IBID: *“Por supuesto el desplazamiento atípico del onus probando que importa la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas funciona, de ordinario, respecto de determinados hechos y no de todo el material fáctico. Ello implica que tal aplicación no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan solo parcial; conservándose en cabeza de la otra parte ciertos esfuerzos probatorios”*.

39 ARIASCA, IVANA MARÍA (2010). Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires. Rubinzal Calzoni Editores, pág. 138.

40 RAMÍREZ, DIANA MARÍA (2009). *La prueba de oficio*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, pág. 259.

las reglas probatorias, no pueden quedar enteramente indeterminadas. No se trata de defender de nuevo a la seguridad jurídica, se trata por el contrario de entender el alcance de los poderes del juez al momento de aplicar estas teorías. De esta manera vale la pena recordar que la jurisprudencia y la doctrina, se han manifestado en repetidas ocasiones sobre los límites a los cuales debe estar sometida la intervención del juez.

En relación con lo anterior afirma Abel: La intervención debe ser: “1) *Eventual, sujeta a la constatación de insuficiencia, por tanto el juez deberá efectuar un juicio de ponderación sobre el resultado de las pruebas propuestas a modo de juicio indiciario y pendiente de la práctica de la mayor parte de pruebas.* 2) *indicativa. Su finalidad es permitir al juez poner de manifiesto la insuficiencia probatoria. No corregir, subsanar o enmendar las pruebas propuestas por las partes. La indicación debe ser individualizadora del hecho afectado, no de la prueba propuesta.* 3) *Progresiva. Extendiéndose al hecho o los hechos concretos*”⁴¹.

En este mismo sentido afirma Comoglio. “*El rol activo del juez, para estimular y asistir a los litigantes en dificultad, no puede jamás comprometer el deber de imparcialidad y equidistancia. No puede el juez sustituir a las partes, en la determinación del objeto del proceso, en la precisión de la dogma de tutela requerida con la demanda o en los hechos relevantes para la decisión*”⁴².

También la jurisprudencia se ha pronunciado sobre estos límites a las facultades del juez afirmando: “*se debe respetar en todo caso el principio dispositivo con el fin de no caer en incongruencias por la suposición de hechos o pretensiones*”⁴³. Con esta misma orientación ha afirmado que es responsabilidad del juez respetar los principios el debido proceso y “*en este sentido debe sujetarse a las exigencias consagradas en el procedimiento para cada una de las pruebas que se pidan*”⁴⁴.

¿Acaso la actividad del juez Hércules se encuentra racionalizada o es razonable? ¿Acaso las máximas de la experiencia no lo hubieren obligado a concluir, que ante la imposibilidad de los peritos y la relajada posición del

41 Citado por Ramírez, Diana María (2009). *La prueba de oficio*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, pág. 275.

42 *Ibíd.* Ramírez, Diana María.

43 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia. 30 de julio de 1996. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 4514.

44 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-504/98. 10 de septiembre de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Exp. T-176879.

demandante, que no aportó prueba alguna, hacían imposible la aplicación de la teoría para el caso concreto?

2.6 En el entendido que los principios deben ponderarse al momento de hacer una aplicación de las teorías probatorias dinámicas, como ya se explicó anteriormente, vale la pena resaltar que, así como éstas, tienen un sustento constitucional en principios, de la misma manera su aplicación debe tener en cuenta el principio constitucional de la presunción de inocencia, ya sea que se trate de juicios civiles o penales⁴⁵. Aunque, es claro que el principio de presunción de inocencia trae particularidades dependiendo de si se trata de una causa civil o penal, no es menos cierto que en ambos casos la teoría probatoria dinámica puede afectarlos por igual.

La Corte Constitucional se ha referido al principio de presunción de inocencia afirmando: *“El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. La presunción de inocencia “se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual “corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio onusprobandiincumbitactori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad”*⁴⁶.

45 Sobre la diferencia de la presunción de inocencia y la responsabilidad en temas penales y civiles vale la pena resaltar lo que afirma Parra Quijano: *“El estado de duda en materia civil y penal son niveles de conocimiento exactamente iguales, pero por razones de políticas ideológicas se resuelven en forma distinta: En penal la duda a favor del reo. En materia civil si a pesar del decreto oficioso de pruebas no se puede salir del estado de duda, se utiliza el sucedáneo de la prueba: la carga de la prueba y nos preguntamos a quien le incumbe demostrar los hechos con grado de certeza y a quien le incumbía sufre las consecuencias de su actividad de mal probador. En materia penal por las razones ideológicas explicadas la duda es a favor del reo (carga de la prueba la soporta el Estado). Citado por: Boeck Pulecio, Daniel. Teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal. Bogotá. Colección Monografías Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, 2010, pág. 69.*

46 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-289/12. 18 de abril de 2012. M.P. Humberto Antonio

Parece claro entonces, para la Corte, que las normas de cargas procesales, así no sean producto de lógicas inmutables, se explican en razón y están vinculadas estrechamente con el principio de presunción de inocencia. De esta manera, sin querer afirmar que las teorías dinámicas son *per se* violatorias del derecho a la presunción de inocencia, sí es necesario poner de presente cómo una aplicación de las mismas, en atención a los lineamientos que hemos venido haciendo a lo largo de la ponencia, puede llevar a una aplicación irrestricta de las cargas probatorias en violación abierta al principio de presunción de inocencia.

Aunque podría decirse que las aplicaciones expansivas son tergiversaciones del verdadero sentido de las teorías probatorias dinámicas, dicho argumento no es de recibo. Ya en Colombia autores como Daniel Pulecio Boeck y Javier Tamayo Jaramillo, han puesto de presente cómo la jurisprudencia de nuestras altas cortes ha optado, en repetidas ocasiones, por una aplicación irrestricta de las teorías dinámicas.

Sobre este particular, Pulecio Boeck afirma: *“La Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, apartándose de una recomendación formulada desde el derecho privado, ha sostenido que el sistema acusatorio, la regla general debe ser la dinámica probatoria, haciendo entonces un uso radical y absoluto de una filosofía que por naturaleza debería ser excepcional y que pretende suavizar la rigidez de la carga en cabeza de la Fiscalía, en el derecho penal, de suyo más estricto en sus estándares probatorios que las demás ramas del ordenamiento jurídico”*⁴⁷.

No sobra además resaltar que, sin perjuicio de las particularidades propias del proceso penal⁴⁸, aún sin la aplicación de las teorías dinámicas de la carga de la prueba, ya muchas veces la doctrina ha apuntado cómo la presunción de inocencia se hace completamente ilusoria. Los efectos políticos y sociales del

Sierra Porto. Exp. D-8698. Sobre este mismo particular revisar sentencias: C-205/03, C-595/10.

47 PULECIO BOECK, DANIEL (2010). *Teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Colección Monografías Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, pág. 69.

48 La aplicación de las cargas dinámicas probatorias, incluso el concepto mismo de carga de la prueba, ha sido ampliamente discutido por la doctrina en materia penal. El semillero no es ajeno a este particular, sin embargo, por motivos de espacio es imposible hacer alusión al referido debate. Bástenos con apuntar que autores como Jairo Parra Quijano y Alfonso Devis Echandía manifiestan que en realidad en el proceso penal antes que hablarse de cargas debe darse aplicación al principio constitucional de presunción de inocencia. En este sentido, afirma Devis Echandía: *“la regla sobre la carga de la prueba tiene aplicación, aunque se sustituye, en lo fundamental, por el principio in dubio pro reo, conforme al cual debe absolverse al procesado si no existe plena prueba que demuestre su responsabilidad y por tanto también de la existencia del hecho ilícito”*. Devis Echandía, *op. cit. Compendio de la prueba judicial*, pág. 163.

proceso penal, y la forma como se desarrolla el mismo, hacen pensar que no ocurre únicamente que se presume la culpabilidad sino que la condena empieza desde el momento en que se ingresa en el proceso. El profesor Gaitán Mahecha demuestra cómo la idea la presunción de inocencia es completamente inoperante en la práctica usando como ejemplo declaraciones de altos funcionarios del gobierno: *“En reciente carta dirigida al Presidente de la República, la embajadora en Londres, de muy buena fe, orientada por esa inconsciente tendencia de la sociedad colombiana, estampó en su carta esta frase: “Debo reconocer su ejemplo al someterse al fallo de la justicia. Nada haría más digno a nuestro país, ni más feliz a mí, que el señor Presidente demuestre su inocencia”*⁴⁹. Es evidente entonces cómo, en el proceso penal colombiano, la garantía constitucional de la presunción de inocencia muchas veces tiene una aplicación meramente formal, lo cual infortunadamente, en la actualidad, se ve agravado por interpretaciones expansivas de la Corte Suprema de Justicia que han optado por aplicar la teoría de la carga dinámica como regla general.

En este mismo sentido, ya en los que se refiere a procesos civiles o administrativos de responsabilidad médica, se ha pronunciado Javier Tamayo Jaramillo, quien refiriéndose a la jurisprudencia del Consejo de Estado afirma: *“Es para cada caso individualmente considerado que se aplica la teoría. Sin embargo, el Consejo de Estado razona diferente. En efecto, en sus primeras decisiones acogiendo la presunción del servicio en materia médica, se ampara en la doctrina de las cargas dinámicas de las pruebas. Sin embargo, a renglón seguido establece un principio general de presunción de la falla del servicio bajo la premisa de que en todos los casos, al Estado le queda más fácil probar la ausencia de culpa, que al paciente o a sus familiares establecer la falla del médico. Con ese criterio, la teoría se aniquila, pues lo que el consejo hace es continuar con el sistema rígido tradicional de la carga; solo que esta vez la carga se invierte totalmente. Es una afirmación gratuita sentar a priori la conclusión de que siempre ha determinado demandado le queda más fácil probar la ausencia de culpa, que al demandante demostrar dicha culpa. La doctrina de las cargas dinámicas exige pues que no haya cargas fijadas a priori”*⁵⁰.

De esta manera por más de que la doctrina quiera hacer ver que las cargas probatorias dinámicas no constituyen una inversión a la carga de la prueba, lo

49 GAITÁN MAHECHA, BERNARDO. “La presunción de inocencia comentarios a la ponencia del Doctor Jaime Bernal Cuéllar”. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, pág. 216. <http://www.icdp.co/revista/articulos/20/BernardoGaitanMahecha.pdf>. 25 de abril de 2013.

50 TAMAYO JARAMILLO, JAVIER (2007). *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo I. Bogotá. Legis, pág. 1121.

cierto es que una indeterminación de esta índole lleva a los jueces a terminar por aplicar presunciones judiciales, sin ningún tipo de sustento que terminan partiendo de la culpabilidad del demandado, violando el debido proceso. Al decir de muchos de sus defensores, no se trata de crear un nuevo parámetro probatorio sino que se trata de que las partes colaboren con la administración de la justicia para efectos de que el juez pueda producir fallos de fondo y no meramente formales. Sin embargo, tal y como queda visto con los ejemplos jurisprudenciales planteados la línea entre un proceso en donde las partes colaboren con la administración de justicia en atención a los principios constitucionales de solidaridad y buena fe procesal y un proceso de tendencia abiertamente inquisitiva en donde hay una desigualdad procesal, ahora en contra de los demandados, es muy difícil de trazar. Por tanto, no se trata de la tergiversación de una teoría, se trata de los resultados de una morigeración probatoria que propiciar estas arbitrariedades.

5.7 Finalmente, en lo que se refiere a la regla de juicio quisiéramos dejar en claro que una cosa es aplicar la carga dinámica durante el proceso como justificación, para que el juez exija u ordene a las partes comportarse de determinada manera, para efectos de poder recolectar el mayor acervo probatorio. Otra muy distinta, es afirmar que el juez puede invertir la regla de juicio al momento de fallar, en caso de tener duda sobre las pruebas. Aunque la Doctrina ha reconocido que la teoría aplica en todos los momentos procesales incluido el momento de dictar sentencia, creemos que esto no es posible.

En concordancia con lo que hemos dicho, si incluso después de que el juez despliega sus poderes de instrucción, exigiendo conductas y pruebas a las partes durante el proceso para efectos de que estas colaboren con la administración de justicia en la resolución del conflicto, el juez no logra llegar a un estado de certeza sobre los hechos, mal puede invertir en ese momento la regla de juicio.

En este sentido afirma Gonzales Granda: *“¿el hecho de que se trate de un mecanismo flexibilizador significa acaso que nos encontramos ante una excepción a la formulación general de la regla de juicio, de tal manera que el legislador esté otorgando un poder al juez para cambiar la regla de juicio? La respuesta debe ser no, y ello porque tal cosa parece conceptualmente imposible, si se tiene en cuenta que la regla de juicio tiene carácter procesal, formal e imperativo. En consecuencia, tal y como se ha dicho líneas más arriba, las modificaciones que sufre la regla general sobre la carga de la prueba, ya provengan de la ley, ya de la jurisprudencia, ya en su caso de la voluntad de las partes, no afectan la regla de juicio sino solo a la manera de concretar o rellenar la misma. Sucede simplemente que cuando se afirma que tales*

principios inciden sobre la regla de juicio modificándola, se pone el acento en el efecto que se produce, de tal manera que se confunde este –el hecho de evitar la aplicación de la regla general– con la modificación de la regla de juicio. En consecuencia, la divergencia tiene como causa la falta de claridad entre los dos planos –procesal y material– de esta materia, que es fuente de inevitables confusiones”⁵¹.

Es así, como se confirma que la insuficiencia probatoria, o más bien la ausencia probatoria total no puede suplirse, al momento de dictar sentencia, fundamentando la decisión en la teoría de las cargas dinámicas probatorias. Una interpretación de esta naturaleza sería abiertamente contraria a los principios básicos del derecho procesal que venimos esbozando.

6. CONCLUSIONES

Con el objeto de hacer un aporte al debate quisiéramos, a manera de resumen, anotar las siguientes conclusiones, que, no sobra repetirlo, tienen como único propósito el de contribuir al debate y no apuntar defectos insalvables de la teoría. Creemos en que la teoría de la carga dinámica es un avance siempre que al fanatismo que produce el cambio se lo encauce dentro de límites que surgen de un estudio cuidadoso de los intereses individuales y públicos envueltos:

6.1 Las teorías y normas jurídicas deben legitimarse en la resolución de casos concretos particulares. No basta con una fundamentación teórica sólida si la misma es tan profundamente indeterminada, que su aplicación práctica contraría los mismos postulados sobre los cuales estaba fundamentada.

6.2 La teoría clásica de la carga de la prueba no tiene un fundamento lógico infranqueable. Es una regla que, como cualquier otra, puede ser modificada en determinados casos en atención a paradigmas sociales axiológicos que obliguen una determinada valoración.

6.3 Las cargas probatorias dinámicas están dirigidas tanto a las partes como al juez. Sin embargo, a este último sólo lo vincula en el sentido de darle la posibilidad de dirigir el proceso para determinar con la mayor exactitud la naturaleza de los hechos, pero no para modificar la regla de juicio a su parecer.

51 GONZALES GRANADA, PIEDAD (2009). Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 LEC, en *Cargas de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia. Tirant Blanch, pág. 49.

6.4 Las facultades discrecionales del juez para dirigir el proceso, están fundamentadas en un nuevo entendimiento del proceso que propende por una efectiva protección del derecho sustancial. Sin embargo, la sana crítica al momento de la valoración de la prueba debe estar encauzada dentro de los límites legales del debido proceso. No puede justificar el juez, conductas arbitrarias, argumentando la necesidad de protección de un derecho sustancial.

6.5 Los límites a la valoración se concretan en la necesidad de abstenerse de dictar sentencia cuando no haya material probatorio, cuando no se haya probado la facilidad o disponibilidad probatoria, cuando el demandante no haya intentado probar los supuestos de hecho y se haya limitado a argumentar que al demandado le queda más fácil aportar las pruebas.

6.6 Si bien la doctrina de las cargas dinámicas hunde sus raíces en los principios de derecho constitucional, dichos principios deben ser ponderados al momento de la valoración que haga el juez de todo el proceso. Una aplicación irrestricta de la teoría puede redundar en la violación de la presunción de inocencia, el debido proceso y el derecho de contradicción y defensa.

4. UN SABIO CONSEJO

¿Qué debería hacer el abogado K? ¿Cómo debería responderle a Z? Por más de que a lo largo del proceso, el juez Hércules no hubiese recaudado ninguna prueba, por más de que la parte demandante haya tenido una actitud pasiva justificándose en las teorías dinámicas, por más de que el juez haya cambiado la regla de juicio, sin mayor justificación atendible e incluso en contra del informe de los peritos etc., probablemente el consejo más sensato sería el de abstenerse de entablar una apelación. La teoría de la carga dinámica ha alcanzado tal nivel de expansión que lo más probable es que el juez de segunda instancia ratificara la decisión fundamentado en lo ya expuesto.

De cualquier forma no hay que perder las esperanzas. El debate de probatorio es un problema sobre los hechos⁵², y los hechos, *“aún después de la sentencia siguen siendo los mismos. Y lo blanco sigue siendo blanco y lo cuadrado no se hace redondo, muy a pesar de la cosa juzgada”*⁵³. Los abogados podemos condenarlo, pero esperemos, la historia lo absolverá.

52 Al margen de teorías que afirman que los derechos son susceptibles de prueba, lo cierto es que en lo fundamental el derecho probatorio, como fue expuesto, centra su problemática en la premisa menor del silogismo.

53 PEYRANO, JORGE WALTER, LEPORI WHITE, INÉS (coords.) (2010). *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 63.

BIBLIOGRAFÍA

a) Normas

1. Colombia. Constitución Política. 1991.
2. Colombia. Congreso de la República. Código Penal. Ley 599 de 2000.
3. Colombia. Código Civil. Ley 57 de 1887.
4. Colombia. Congreso de la República. Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012.

b) Doctrina

- ACOSTA, DANIEL FERNANDO (2008). *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL; VODANOVIC, ANTONIO (2001). *Tratado de las obligaciones*. Santiago de Chile, vol. I. 2a. edición.
- ARENAS SALAZAR, JORGE (2003). *Pruebas penales*. 2a. edición. Doctrina y Ley.
- AZULA CAMACHO, JAIME (1998). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá. Temis.
- BARBEIRO, SERGIO JOSÉ (2010). *Cargas probatorias dinámicas: ¿Qué debe probar el que no debe probar?* Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.
- BELÉN TEPSICH, MARÍA (2010). *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME; MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO (2004). *El proceso penal*, tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C.
- BOECK PULECIO, DANIEL (2010). *Teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Bogotá. Colección Monografías Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez.
- CECHINI, FRANCISCO (1999). Cargas probatorias dinámicas, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santafé*, N° 36-37. Panamericana.
- CRUZ TEJADA, HORACIO COOR (2011). *Nuevas tendencias del derecho probatorio*. Bogotá. Universidad de los Andes.
- CUELLO IRIARTE, GUSTAVO ADOLFO (1988). *Derecho probatorio – Jurisprudencia*, en Colombia Universitas ISSN: 0041-9060 Ed. Pontificia Universidad Javeriana Bogotá D.C vol. 74, 301-334.
- CUELLO IRIARTE, GUSTAVO (2008). *Derecho probatorio y pruebas penales*. Legis. Bogotá, D.C.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (2000). *Compendio de la prueba judicial*, tomo I. Santafé Rubinzal-Culzoni.
- DEVIS HECHANDÍA, HERNANDO (2012). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá. Editorial Temis.
- ESGUERRA SAMPER, JOSÉ MARÍA (1992). *Apuntes de derecho probatorio*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.
- FALCÓN, ENRIQUE (2009). *Tratado de la prueba civil, comercial, laboral, penal, administrativa*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Rodrigo de Palma.
- FIERRO-MÉNDEZ, HELIODORO (2006). *La prueba en el Derecho Penal “Sistema Acusatorio”*. Leyer. Bogotá, D.C.

- GARCÍA VANEGAS, DAVID (2002). *Lecciones de derecho probatorio*. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- GOLSCHMIDT, JAMES (1936). *Derecho Procesal Civil*. Barcelona. Trad. Leonardo Prieto Castro.
- GONZALES GRANADA, PIEDAD (2009). Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del artículo 217 LEC, en *Cargas de la prueba y responsabilidad civil*. Valencia. Tirant Blanch.
- HERNÁNDEZ VILLAREAL, GABRIEL (2010). *Actualidad y futuro del derecho procesal, principios reglas y pruebas*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.
- IGLESIAS, JORGE ISAAC (1995). *Estudios sobre derecho probatorio*. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO (2011). Distribución de la carga de la prueba: su flexibilización en el derecho procesal contemporáneo, en *Realidades y tendencias del derecho siglo XXI*. Bogotá. Editorial Temis.
- KONRAD, HESSE (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*. Traducción de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas.
- LEPORI WHITE, INÉS (2010). “Cargas Probatorias Dinámicas”, en: *Cargas probatorias Dinámicas*. Santafé. RubinzalCalzoni Editores.
- MICHEL, GIAN ANTONIO (1961). *La carga de la prueba*. Buenos Aires Ejea.
- PARRA QUIJANO, JAIRO (2002). *Manual de derecho probatorio*. Librería del Profesional.
- PEYRANO, JORGE WALTER, LEPORI WHITE, INÉS (coords.) (2010). *Cargas probatorias Dinámicas*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- RAMBALDO, JUAN ALBERTO (2010). *Cargas probatorias dinámicas, un giro epistemológico*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- PYERANO, JORGE (2010). *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- PARRA, JAIRO (2011). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá Ediciones el Profesional.
- RAMÍREZ, DIANA MARÍA (2009). *La prueba de oficio* Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO (1986). *Curso de derecho probatorio*. Compendio. Bogotá.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER (2007). *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo I.
- TRUJILLO CABRERA, JUAN (2007). *La carga dinámica de la prueba*. Leyer. Bogotá.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2008). *El derecho dúctil*. Madrid. Editorial Trotta.

c) Jurisprudencia

a. Corte Suprema de Justicia

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia 22 julio 2010 Expediente. 4100013101004200004201.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 30 de julio de 1996 Expediente 4514.

Colombia. Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 28 de junio de 2005. Expediente 7901.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. Sentencia 25 mayo 2011.

b. Corte Constitucional

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-029/1995. 2 de febrero de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía. Expediente D-668.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037/1996. 5 de febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia P.E.-008.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-319/96. 18 de julio de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente D-1253.

Colombia. Corte Constitucional C-475/1997. 13 de junio de 1997. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6448.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-504/98. 10 de septiembre de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Expediente T-176879.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-205/03. 11 de marzo de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-4229.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1194/05. 22 de noviembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-5727.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-590/2009. 27 de agosto de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente T-2.266.891.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-595/2010. 27 de julio de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente D-7977.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-423/2011. 17 de mayo de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente T-2.915.465.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-127/11. 2 de marzo de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa. Expediente D-8228.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-289/12. 18 de abril de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente D-8698.

c. Consejo de Estado

Colombia. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia. Febrero 10 de 2000. Expediente: 11.878.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia. Julio 25 2003. Expediente: 13680.

Colombia. Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia. Noviembre 27 de 2002 Expediente. 13832.

