

**LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA COMO HERRAMIENTA PARA
EL LOGRO DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, ANALISIS DE LOS CASOS
ARGENTINO Y COLOMBIANO DESDE LA PRÁCTICA JUDICIAL**

SANDRA MILENA RUIZ PÉREZ



UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA - SEDE CANDELARIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

BOGOTÁ, D. C. 2021

**LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA COMO HERRAMIENTA PARA EL
LOGRO DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, ANALISIS DE LOS CASOS
ARGENTINO Y COLOMBIANO DESDE LA PRÁCTICA JUDICIAL**



Trabajo de Investigación para optar al título de Magister en Derecho Procesal

Autor: Sandra Milena Ruiz Pérez

Tutor: Eduardo Andrés Velandia Canosa

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA - SEDE CANDELARIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

BOGOTÁ, D. C. 2021

Tabla de contenido

| | |
|---|-----------|
| <i>INTRODUCCIÓN</i> | 4 |
| <i>CARGA DE LA PRUEBA</i> | 7 |
| CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS | 10 |
| Carga dinámica en Colombia..... | 11 |
| Carga dinámica en Argentina..... | 20 |
| TUTELA JUDICIAL EFECTIVA | 27 |
| La tutela judicial efectiva y la pandemia por el Covid 19..... | 30 |
| VISIÓN DE LOS JUECES SOBRE LA APLICACIÓN CONCRETA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA FRENTE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA | 37 |
| <i>CONCLUSIONES</i> | 41 |
| <i>REFERENCIAS</i> | 44 |

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA COMO HERRAMIENTA PARA EL LOGRO DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, ANALISIS DE LOS CASOS ARGENTINO Y COLOMBIANO DESDE LA PRÁCTICA JUDICIAL

INTRODUCCIÓN

Una frase del maestro Eduardo Couture (2002 p.120), citado por Priori G. (2003 p. 1), en su artículo “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”, ilustra a la vez el sueño y la pesadilla de todos aquellos que vemos en la constitucionalización del derecho una de las mas altas conquistas de esta rama: “El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido”.

Después del desgaste del Estado Liberal en el mundo, según Pérez (2015 p. 252) “dadas sus contradicciones intrínsecas” el cual, en su momento fue la adecuada respuesta a la hegemonía monárquica, surge un nuevo modelo de Estado que procura satisfacer las necesidades sociales en el entendido de que estamos en sociedades desiguales que requieren la intervención del Estado para lograr el cambio reclamado, poniendo de manifiesto principios como la dignidad humana, la justicia y la solidaridad, surge, como respuesta, el Estado social de derecho.

Colombia, vio aterrizar este modelo en su territorio en la década de los 90, generándose profundos cambios que todavía hoy en día socavan los paradigmas de sociedades profundamente desiguales en todos los aspectos de la vida en sociedad. La expedición de la Constitución Política de 1991, y con ella, la creación de la Corte Constitucional Colombiana, aunado a los numerosos cambios normativos producto de esta constitucionalización del derecho han tocado uno de los aspectos más importantes para el logro de la armonía social y es la administración de justicia.

Uno de los pilares de esta nueva visión de la administración de justicia es la flexibilización de las normas procesales y la asunción por parte del juez de un rol más activo que posibilite el logro de una verdadera igualdad, de una verdadera justicia procesal. De acuerdo al mandato constitucional, se expide en Colombia la ley 1564 de 2012, a través de la cual se adopta el Código General del Proceso siendo uno de sus propósitos, de acuerdo con Pérez (2015 p. 254) “la armonización de las instituciones procesales con la Constitución Política de 1991 que dispone la prevalencia del derecho sustancial y la protección de los derechos fundamentales”.

La expedición del Código General del Proceso en Colombia, trajo consigo una gran cantidad de cambios en la estructura y desarrollo de los procesos, entre los que se cuentan el retorno al principio de la oralidad, lo cual reviste un cambio importante en el desarrollo de la dinámica procesal y en el rol del juez, que pasó de ser un juez espectador a un juez que está llamado, cada vez más, a intervenir y dirigir el proceso, que ya no sólo se mira como una lucha de las partes para resolver sus conflictos, sino en palabras de Calamandrei (1996) como un método que busca el conocimiento y el encuentro de la verdad para con ello lograr una real y efectiva administración de justicia.

Entre las novedades más importantes, encontramos de gran interés la introducción de la distribución dinámica de la carga de la prueba como flexibilización de la carga de prueba tradicional aun en boga, regla que había hecho carrera en Colombia en la jurisprudencia sobre todo del Consejo de Estado y que hoy es ley procesal de aplicación nacional.

Tanto en Colombia como en la Argentina, se han generado una serie de disertaciones académicas y pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la forma en que debe aplicarse la carga dinámica de la prueba. Estas discusiones también han tocado un tópico interesante y necesario como es, el análisis de la eficacia de esta herramienta frente al logro de una tutela judicial efectiva en los casos concretos.

Para Salinas Garza (2014 p.10) la tutela judicial efectiva implica:

“(…) una actividad de los órganos pertinentes del gobierno, tendientes a la protección de los derechos. Nosotros como se ha venido disertando, pensamos que esa tutela antes que garantizar el sentido de la ley a favor de personas determinadas, es un mecanismo que procura la actualización de la voluntad concreta de la ley.”

Ha señalado igualmente la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T 406 de 1992, que la tutela judicial efectiva, es núcleo esencial del estado social de derecho y que su efectividad tiene que ver entre otros aspectos, con lograr la protección cierta de los derechos de los asociados.

Claramente la redacción del artículo 167 del nuevo Código General del Proceso Colombiano, en el cual se flexibiliza la tradicional carga de la prueba, ha revestido un cambio de paradigma en el ámbito procesal, erigiéndose en una de las herramientas que actualmente tiene el juez para el logro de una tutela judicial efectiva. En este contexto, abordaremos la comparación entre dos países latinoamericanos desde la práctica judicial, determinando las fallas que puede revestir su aplicación y el planteamiento de una posición que nos acerque al propósito de la norma colombiana en el marco de la tutela judicial efectiva.

CARGA DE LA PRUEBA

Para adentrarnos en el concepto de carga de la prueba, es necesario acudir en primer lugar a su naturaleza misma, la carga de la prueba es una clase de lo que se denomina “carga procesal”. Para el maestro Devis Echandía (2000 p. 195), la carga procesal es:

“(…) un poder o facultad (en sentido amplio) 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 a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”

Por tanto, el mismo Devis (2000), define la carga de la prueba como una regla de juicio para el juzgador, puesto que le dice, dentro los hechos objeto de prueba, cuales corresponden probar a cada parte, y de ahí, determinar las consecuencias para cada una, pero tal regla de juicio no ha sido estática a lo largo de la historia de los procesos.

En el derecho romano, encontramos diversos tratamientos al tema, acorde con el período de desarrollo de fuentes y procedimiento respectivo, es así como en el período arcaico, bajo los procedimientos mas antiguos como la *legis per sacramentun* o la *legis actio per actionem*, correspondía probar a ambas partes por igual, y durante el período clásico se empezaron a aplicar criterios prácticos que muchas veces quedaban en manos del juez, para asistir finalmente al nacimiento de los principios generales y en particular al de quien afirma prueba en la época Justiniana del ordenamiento romano, esta breve historia es abordada por Lessona (1964 p. 121) en su teoría general de la prueba en derecho civil.

Posteriormente, durante la edad media, se reviven las doctrinas del derecho romano, y con ello, de acuerdo a Devis Echandía (2000) “reaparece el concepto de carga de la prueba basado en el principio de que incumbe al actor, pero se le da este carácter al demandado cuando excepciona”.

Sobre la carga de la prueba Tania Chico en un artículo sobre el tema por (2007 p. 12) resumió los conceptos de varios renombrados autores así:

“Desde el punto de vista doctrinal, la teoría de la carga de la prueba para ROSEMBERG es la que -determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el Tribunal, se hayan preocupado en el sentido de hacerlo constar-. Para PRIETO CASTRO -la teoría de la carga de la prueba es, pues, la teoría de las consecuencias de la falta de prueba- Para Devis Echandía la carga de la prueba es la -noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte-. Y según CARNELUTTI, la carga de la prueba atañe a la búsqueda de las pruebas, no a la inspección ni a la valoración de ellas.”

Las reglas que rigen la carga de la prueba no son, por tanto, una cuestión menor, por el contrario, el resultado del proceso depende de ello en un enorme porcentaje, puesto que, como ya se ha visto, son reglas para las partes y también para el juez, quien de acuerdo a ellas, impondrá las consecuencias negativas o positivas de la inactividad probatoria a la parte correspondiente. Tales reglas aun hoy en día siguen siendo un tema de discusión frecuente, de pronunciamientos jurisprudenciales y debate en espacios académicos, reflejo de ella es la compilación de las distintas reglas aplicables, compiladas por Devis Echandía (2000 p. 20), estas tesis pueden resumirse así:

1) “Tesis que impone el actor la carga de la prueba, pero le da a este carácter al demandado que excepciona”. Aquí resume la herencia romana al respecto, y aunque constituye una regla aplicable a la mayoría de los casos, puede tornarse a veces insuficiente e incluso rígida, sobre todo frente a la mutación vertiginosa de las relaciones sociales actuales.

2) “Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega”. Proviene igualmente del derecho romano, e implica que la carga ya no depende de la condición de las partes, sino de lo que se pretende probar, sea una afirmación o negación.

3) “Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones”. Esta es prácticamente una reafirmación de la primera teoría, que presenta las mismas dificultades de suficiencia y que se vuelve objeto de numerosas excepciones.

4) “Teoría de lo normal y lo anormal”. En ella los hechos normales se presumen, mientras que los anormales son los que deben probarse por quienes los aleguen. Es una excepción más que una regla, sin embargo, no ofrece un criterio objetivo que permita determinar en cada caso que es lo normal o anormal.

5) “Teoría que impone la prueba a quien pretenda innovar”. Para el autor, es similar a la anterior, por cuanto la innovación implica cambio frente a la normalidad, por lo que la crítica también radica en subjetividad.

6) “Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva o, por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos”. En esta más allá de la naturaleza de las partes, o la forma de los hechos, se tiene en cuenta si el hecho es afirmado o negado independientemente de que se ubique en la demanda o en su contestación. Devis señala sobre ella que, fue el criterio que sirvió al código civil francés, y luego al italiano, chileno y colombiano, entre otros.

7) “Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable”. Esta tesis de gran aceptación entre los procesalistas, entre ellos Leo Rosenberg, sitúa la carga en la parte que se beneficia de los efectos jurídicos de la norma cuyo supuesto de hecho es objeto de prueba, observando por supuesto aquellos exentos o admitidos. En el caso colombiano, esta era la teoría incorporada en el artículo 177 del extinto código de procedimiento civil que expresaba “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

8) “Teoría que impone a cada parte la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido”: En palabras de Devis Echandía (2000 p. 20), esta

posición del profesor Micheli, coincide con la de Rosemberg y establece que la carga “está establecida principalmente por la posición ocupada por la parte misma, respecto del efecto jurídico pedido: tal relación está determinada por el derecho sustancial”.

Esta última postura, que es en esencia la misma del numeral 7, fue la imperante en el ordenamiento colombiano, con las exenciones de probar que están definidas igualmente en el ordenamiento.

CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

Irrumpe en la escena del análisis probatorio una nueva forma de abordar la carga de probar, fruto de la dinámica propia de las relaciones sociales y de los vertiginosos cambios de los tiempos modernos, que exigen cada vez más sociedades igualitarias, en el que las instituciones económicas, políticas y jurídicas sean consecuentes con los principios de solidaridad, igualdad y justicia.

La distribución dinámica de la carga de la prueba es una flexibilización de las reglas tradicionales que han encontrado en su aplicación práctica, situaciones cada vez mas complejas, que prueban la capacidad del operador jurídico de llegar a la verdad y lograr la efectividad de los derechos.

Sobre ello, ha escrito muy acertadamente Inés Lépori White en “Cargas Probatorias Dinámicas”, (2004 p. 66):

“(…) La teoría de la carga dinámica de la prueba halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial”.

En el mismo texto compilatorio, encontramos la intervención de Ivanna María Airasca, en su artículo “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, (2007 p. 138):

“De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, -que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla-, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo”.

Carga dinámica en Colombia

Para el caso colombiano, la Constitución Política Colombiana es depositaria de numerosos principios y normas que se erigen en directriz fundamental de interpretación y que se cristalizan igualmente en normas de carácter sustancial y procesal en otros ordenamientos, los cuales son base de los desarrollos procesales modernos, entre los que se cuentan el de la carga probatoria dinámica.

Se debe partir de la concepción que trae el artículo primero constitucional que establece que Colombia es un Estado social de derecho, y el artículo 2 que describe los fines esenciales del Estado, especialmente “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Por su parte, el artículo 4 nos indica que la Constitución es norma de normas, y otros como el artículo 13 que consagra como derechos fundamentales la libertad e igualdad. Por último, en este aspecto encontramos el artículo 95, que nos conmina al cumplimiento de la Constitución y las leyes.

En contexto con esta normativa constitucional, se deben analizar las normas que hacen referencia a los deberes y poderes del juez, la tutela judicial efectiva y el ejercicio de la actuación procesal. Entre otras normas se identifican:

El artículo 2, que expresamente habla del “derecho al acceso a la justicia”, en el marco de una tutela judicial efectiva. El artículo 4, que desarrolla un principio constitucional establece la Igualdad de las partes y el deber que le asiste al juez para lograrla.

Son normas que igualmente influyen en la interpretación de los preceptos procesales, el artículo 7 sobre la legalidad que debe investir las decisiones de los jueces, la forma como deben interpretarse las normas procesales contenido en los artículos 11 y 13, el debido proceso dispuesto en el artículo 14 y los deberes y poderes del juez de los artículos 42 y 43 del código general del proceso.

Sobre la prueba, su necesidad y la forma en que se distribuye la carga de la prueba, encontramos desarrollo en los artículos 164, 167, 169 y 170 del código general del proceso.

Por otra parte, y revistiendo la mayor importancia para el análisis, encontramos la fructífera Jurisprudencia de las altas Cortes Colombianas, hemos de resaltar algunas sentencias de importancia, siendo la sección tercera del Consejo de Estado la que primero trajo a colación esta postura en una decisión sobre responsabilidad médica.

Consejo de Estado

Fue el Consejo de Estado la primera Corte Colombiana en emplear la distribución dinámica de la carga de la prueba, inicialmente en casos contra el estado por fallas en la prestación del servicio médico, en el entendido en que en determinadas y frecuentes circunstancias era en extremo complejo para el paciente y sus familiares probar los hechos que legaban como fallas del servicio.

Se pueden enumerar algunas de las sentencias mas destacadas de este órgano que marcaron un hito en la resolución de los conflictos en la jurisdicción Contenciosa administrativa del país: i) Fallo del 24 de octubre de 1990, M.P. Gustavo de Greiff, Radicado 5902; ii) Sentencia del 10 febrero 2000, con ponencia del M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicado 11878; iii) Sentencia del 22 de marzo de 2001, M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicado 13166; iv)

Sentencia del 11 de abril de 2002, ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicado 13330; v) Sentencia del 24 de enero de 2002, M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Radicado 12706; vi) Sentencia del 10 de junio de 2004, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicado 25416; vii) Sentencia del 14 de abril de 2010, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Radicado 18285.

Corte Constitucional

Desde sus inicios, la Corte Constitucional demostró ser una férrea defensora de la Constitución y con sus pronunciamientos sentó importantes precedentes en torno a la carga dinámica de la prueba en el contexto de lograr justicia y proteger a la parte más débil de las contenciones. Algunos de los fallos mas importantes sobre este tópico han sido:

C.C., Sentencia C-740/03, Colom.

“Es decir, las negaciones indefinidas, en el sentido que no es ilícita la procedencia de los bienes, no lo eximen del deber de aportar elementos de convicción que desvirtúan la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a esa ilícita procedencia. De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes.”

C.C., Sentencia T-741/04, Colom.

“la justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta

situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal”.

C.C., Sentencia T-590/09, Colom.

“La Corte Constitucional ha considerado que, en materia de extinción de dominio, el Estado debe llegar a una inferencia razonable sobre el origen ilegal de los bienes y que el eventual afectado debe proceder a ejercer su derecho de defensa mediante la oposición acompañada de los documentos que desee hacer valer para demostrar el origen lícito de sus bienes. La Corporación ha expresado, además, que las garantías del proceso penal no son extensivas al trámite de extinción de dominio, por lo que resulta aplicable el principio de carga dinámica de la prueba, según el cual corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo.”

C.C., Sentencia T-909/11, Colom.

“la carga de probar la inexistencia de discriminación recae en cabeza de la autoridad que expide o aplica una disposición jurídica, no así en quien alega la violación de su derecho a la igualdad, especialmente cuando la clasificación que se hace de una persona es sospechosa por tener relación con los elementos expresamente señalados como discriminatorios a la luz del derecho constitucional. (...)”

Lo mismo ha ocurrido en el ámbito laboral, pues esta Corporación ha expresado que, en los casos que una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra o ante una autoridad de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es preciso distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación (Sentencia T-447 de 2008).”

C.C., Sentencia T-291/16, Colom.

“Las víctimas de actos de discriminación por razones de raza, sexo, idioma, religión u opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, son sujetos de especial protección constitucional. Ésta es la premisa principal y con ella se le impone al juez de tutela el deber de implementar todas las medidas habidas para brindar a estas personas el goce efectivo de acceso a la administración de justicia, se busque la justicia material con prevalencia del derecho sustancial y se garantice un juicio flexible que se ajuste a sus condiciones particulares. En los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación o que se presente alguna situación de sujeción o indefensión, opera, prima facie, una presunción de discriminación que debe ser desvirtuada por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio. En esencia, la Corte estableció esta regla con base en dos razones: (i) debido a la naturaleza sospechosa de los tratamientos diferenciales en comentario; y (ii) en atención a la necesidad de proteger a todas las personas o grupos sociales que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios. Por último, y en armonía con la regla anterior, la autoridad judicial debe aplicar la carga dinámica de la prueba a favor del extremo accionante, es decir, la obligación probatoria se invierte y pasa a cargo del extremo accionado. Esta pauta radica en la dificultad que tiene la parte débil (víctima de un trato diferencial) de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos fundamentales.”

C.C., Sentencia T-074/18, Colom.

“Dicho de otro modo, este Tribunal ha sostenido que el principio *onus probandi* admite excepciones cuando la demostración de las premisas fácticas impone una carga probatoria a la parte demandante capaz de comprometer el goce efectivo de los derechos y los postulados constitucionales. Lo anterior significa que, demostrada la existencia de un trato irrazonable e incompatible con la Constitución, el juez está facultado para trasladar la carga de la prueba a la persona que está en mejores condiciones para demostrar los eventos alegados, ya sea por el alto nivel de

tecnicidad, la complejidad del asunto debatido o el estado de indefensión y vulnerabilidad de la parte.”

C.C., Sentencia SU129/21, Colom.

“Las normas procesales establecen que decretar y practicar pruebas es una facultad del juez. Pero la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que, dependiendo de la naturaleza del caso, ello podría ser imperativo. Lo es, por ejemplo, cuando de no acudir a nuevos elementos probatorios la sentencia final sería contraria a los postulados de la justicia o a la naturaleza tutelar del derecho laboral. Esto ocurre cuando se emite un fallo non liquet argumentando que un enunciado descriptivo no ha sido probado y que, por tanto, se mantiene la incertidumbre sobre su verdad o falsedad. Debe recordarse que es deber de los tribunales –cuando se enfrenten a casos excepcionales como los referidos y con el ánimo de salvaguardar prerrogativas tan importantes como el acceso a la administración de justicia o la tutela judicial efectiva– hacer uso de sus amplios poderes de instrucción al momento de resolver la consulta. Entre otras cosas, porque en tal escenario pueden referirse a todo el debate jurídico planteado y no a una parte de él.”

Existen muchos otros pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema, pero sin lugar a dudas el más importante de ellos lo constituye el plasmado en la C 086 de 2016, la cual analizó la constitucionalidad del artículo 167 del código general del proceso, específicamente en el aparte que trae a colación el poder otorgado al juez para distribuir de manera dinámica la carga de la prueba:

“Con todo, el abandono de una concepción netamente dispositiva del proceso, al constatarse cómo en algunos casos surgía una asimetría entre las partes o se requería de un nivel alto de especialización técnica o científica que dificultaba a quien alegaba un hecho demostrarlo en el proceso, condujo a revisar el alcance del *onus probandi*. Fue entonces cuando surgió la teoría de las *cargas dinámicas*, fundada en los principios de solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal,

donde el postulado *quien alega debe probar* cede su lugar al postulado *quien puede debe probar*. (...)

De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, *que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla*, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo. (...).

Es importante poner de presente que estas posturas jurisprudenciales encontraron abono fértil con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. En efecto, la teoría de la carga dinámica de la prueba tiene amplio sustento constitucional, especialmente en los postulados característicos del rol del juez en un Estado Social de Derecho, que según fue explicado anteriormente propugna por un papel activo –pero también limitado– en la realización del derecho a la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial y de la consecución de un orden justo. (...).

Como corolario de lo expuesto puede afirmarse que, en términos abstractos, la teoría de la carga dinámica de la prueba no solo es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva, de la prevalencia del derecho sustancial y de su misión activa en la búsqueda y realización de un orden justo. Es también compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, así como con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.”

Corte Suprema de Justicia

Antes de su consagración legal, la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria colombiana, también venía acogiendo la distribución dinámica de la carga de la prueba en sus pronunciamientos, resaltamos los siguientes:

C.S.J, Sentencia 30 de enero de 2001:

“Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado”.

C.S.J., Sentencia SC9193-2017

“Luego, desde comienzos de esta centuria, la Sala ha interpretado las normas sobre carga de la prueba para admitir su distribución especial, por razones de equidad, lógicas o de sana crítica, en el sentido de imponer a una parte, que inicialmente estaba desprovista de ella, el deber de desvirtuar las aseveraciones de su contraria, so pena de que se profiera una decisión desfavorable a sus intereses.

Tales reglas encuentran explicación en la protección de las víctimas y la propensión por una reparación integral, la cual no puede verse socavada por la carencia de información

o conocimientos especializados para demostrar la responsabilidad del galeno o del equipo médico que intervino.

Y es que, en variados casos, la acreditación de los supuestos de la pretensión resarcitoria exige acceder a datos que están bajo el control de los profesionales médicos o cuya intervención es esencial para su comprensibilidad, por lo que una aplicación estricta de la carga de la prueba redundará en un beneficio ilícito de aquéllos, quienes podrían obtener una decisión provechosa si no concurren al proceso u omiten participar en la práctica probatoria.

Asimismo, en asuntos altamente especializados, la equidad del caso concreto clama porque sea la parte conocedora quien demuestre el actuar ajustado a los estándares del comportamiento aceptables, bajo el entendimiento que tiene a su disposición todos los instrumentos suasorios requeridos.”

C.S.J., Sentencia 25 mayo de 2011:

“El concepto de carga dinámica de la prueba (...) ha sido reconocido por la jurisprudencia de la sala con ocasión especialmente de la entrada en vigor del sistema procesal acusatorio, el cual permite exigir a la parte que posee la prueba, que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca y también señala que este principio se aplica no para que al procesado se le demanda demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador”.

C.S.J., Sentencia 3 de mayo de 2011:

“Una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de revisión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a esta dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida, de conformidad con el art. 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual”.

Luego de esta reiteración jurisprudencial, que fue permeando todas las especialidades y fue acogida por la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, el Código General del Proceso en desarrollo de los novedosos principios que constitucionalizan el proceso, consagró en su articulado la distribución dinámica de la carga de la prueba, lo que para algunos representó un avance significativo y para otros una innecesaria carga.

Navarrete Palomares, en su artículo “Aspectos relevantes en la aplicación de la carga de la prueba en materia civil con ocasión del Código General del proceso de Colombia”, (2017 p.11) resume muy acertadamente las consecuencias de tal consagración:

“Actualmente, con esta reglamentación, quedaron fijados los siguientes elementos:

(i) la regla inveterada de distribución de la carga permanece vigente, en el sentido que la carga de la prueba se encuentra en cabeza del demandante o actor, o en quien alega un hecho, es decir, se sigue usando la regla de la carga estática de la prueba; (ii) no obstante, como consagra el artículo, según el caso, el juez de manera potestativa, de considerarlo necesario, podrá distribuir la carga de la prueba, ya sea al momento de decretar las pruebas o durante todo el periodo probatorio, en todo caso, antes de la sentencia; (iii) la distribución la efectuará de acuerdo con los parámetros claros y concisos que establece la norma; (iv) esta decisión puede ser controvertida a través de recurso de reposición y se pueden solicitar nuevas pruebas, aspectos que ameritan el siguiente análisis.”

Carga dinámica en Argentina

En la Argentina, según el tratadista Gustavo Calvino (2016, p. 2020 - 203), revisados el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los Códigos Procesales Civiles de las Provincias y el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “en siete se puede llegar a aventurar -quizá con algo de prisa- que incorporan de modo más o menos apropiado la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, y son los códigos de Chaco, Corrientes, La Pampa, Misiones, San Juan, Santiago del Estero y Tierra de Fuego.

El artículo 375 del CPCCBA expresa que "incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción", y el artículo 1734 del CCyCN expresa que "excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega".

Por su parte el artículo 1735 del mismo ordenamiento dice: "no obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa".

Peyrano en "Las cargas probatorias dinámicas hoy" (2016, p. 3), expresa sobre la legislación argentina y su relación con el quehacer judicial lo siguiente:

"En realidad, todo el Código Civil y Comercial constituye una muestra de fe en el activismo judicial y en la capacidad de los jueces para encontrar soluciones razonables, y así ponderar los valores en juego y no limitarse a subsumir automáticamente los hechos litigiosos en normas legales infraconstitucionales. Ponderar es también aceptar lo diferente y tenerlo en cuenta, y así no aplicar ciegamente reglas de reparto probatorio pensadas para casos corrientes y no para hipótesis excepcionales de gran dificultad probatoria para la parte sobre la que, en principio, recaería la carga de la prueba."

Importante trabajo sobre la recepción jurisprudencial del tema en la jurisprudencia argentina, elaboró el profesor Manuel Hernández en su ponencia "La carga dinámica de la prueba en el proceso laboral" en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de 2015, (2015, p. 8 – 10), en el cual resumió así los principales pronunciamientos sobre el tema:

"Con el señero voto del Dr. Juan Carlos Hitters en los autos Cayarga Jose Eduardo c/ Clínica Privada, Dres Marcelo Telechea y otros s/ daños y Perjuicios"¹⁵, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (en adelante SCBA) abordó por primera vez la temática en estudio.

Dijo el mencionado Magistrado que: En este orden de ideas debe tenerse en cuenta que el actor acreditó a través de la prueba pericial la culpa del facultativo, por lo que a éste le incumbía demostrar que utilizó los medios apropiados para lograr la salvación del paciente. Juega aquí lo que se ha denominado carga interactiva de la prueba porque, en el caso particular analizado, eran los demandados quienes estaban en mejores condiciones de acreditar- a través de la historia clínica y demás elementos que tenían a su alcance- que la enferma igual hubiera fallecido (art. 375 del CPCC). Opera ante esta situación el *deber de colaboración* del galeno, por lo que su actitud en el proceso no puede limitarse a una mera negativa, tiene que *colaborar* en el esclarecimiento de la verdad.

Si bien el voto en estudio no logró la adhesión de los Dres San Martín, Laborde y Negri, en cuanto a este tópico, sin dudas abrió las puertas a la teoría de la carga probatoria dinámica de la prueba.

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), recepitó la figura en *Pinheiro* (Fallo 320:2715) en 1997 y finalmente en *Pla* (Fallo 324:2689) en el año 2001.

Luego de ello, la SCBA hizo suya esta doctrina legal para el caso de responsabilidad médica en los autos *Abdelnur de Molina Amalia Beatriz c/ Meroni José y otros s/ incumplimiento de contrato y daños y perjuicios*, con voto del Dr. Eduardo De Lázzari.

Allí se dijo que: En este tipo de procesos, la carga probatoria cuenta con especialísimas particularidades, pues en la mayoría de los supuestos de responsabilidad médica, se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo.

Una vez afianzada esta doctrina con varios pronunciamientos, y luego de varios años el Máximo Tribunal Provincial extendió la aplicación de la *prueba*

compartida a otros supuestos haciéndolo primero al derecho laboral, luego al derecho comercial y recientemente al derecho de los consumidores entre otros.

Así fue que en el año 2010 en H.J. Navas y Cía, ante un supuesto de revisión de cuenta corriente bancaria se dijo: La teoría de las cargas probatorias dinámicas hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo.

En la dinámica negocial bancaria actual son los bancos predisponentes de los contratos respectivos quienes se encuentran en mejores condiciones de aportar las pruebas conducentes para la elucidación de los conflictos derivados de posibles incumplimientos, sin perjuicio de la enfatizada responsabilidad que como profesionales especializados en materia financiera les cabe por imperio del art. 902 y concordantes del Código Civil.

Y recientemente en un extenso e ilustrado voto del Dr. Eduardo de Lázari en la causa G.A.C. c/ Pasema SA y otros s/ Daños y Perjuicios, se dispuso que, en materia del derecho de consumidores, es de aplicación en materia probatoria la teoría de la *prueba compartida* o *carga probatoria dinámica*, interpretando el texto del art. 53 de la ley 24.240. Dijo el Dr de Lázari en el voto en cuestión: Al respecto, es dable recordar aquí el art. 53 de la ley 24.240 que establece: Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Esta exigencia no se limita al restringido campo de los procesos administrativos relativos a cuestiones de consumo sino que trasciende al plano del proceso judicial, por lo que los magistrados deben receptar y controlar la aplicación de tal principio. Ello se encuentra en línea con la modificación introducida por la ley 26.361 al art. 53 de la ley 24.240, que refleja en el proceso judicial el deber de información del proveedor. De ello se colige que todo procedimiento en el que se encuentre en juego una relación de consumo importa la vigencia en materia probatoria de las *cargas dinámicas*, principio que es llevado en estos casos a su máxima expresión (conf. Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, art. cit.; Berstein,

Horacio, -El derecho-deber de información y la carga de la prueba en las infracciones a la ley de defensa del consumidor-.

Siendo de aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba (art. 53, ley 24.240), es notorio que la empresa demandada, atento a su profesionalidad (arts. 902 y 909, Cód. Civil), es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos. Debía al menos poner a disposición el material para posibilitar la actividad probatoria. Claramente la decisión empresaria de retirar del establecimiento el producto sobre el cual debería haberse realizado una prueba ineludible para probar uno de los extremos de la causa resulta contraria a lo establecido en la letra del art. 53 de la ley (art. 289, C.P.C.C.).

El concepto *carga dinámica de la prueba* o *prueba compartida* consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación. Nada de esto puede interpretarse como la imposición de realizar una prueba a la demandada contra sus intereses. Nadie puede exigirle ello. Solo significa que como empresa que debe respetar la ley de defensa del consumidor - como toda otra ley-, debió con criterio prudente, facilitar que se efectuara la prueba requerida por la actora. Facilitar, simplemente con el resguardo del producto del tipo y origen que hipotéticamente pudiera haber causado el daño.

Lo cierto es que por imperio de la ley especial 24.240, el demandado que debió colaborar con la sustanciación de una prueba que resultaba vital para la obtención de la verdad del caso; esto es, mantener resguardado el producto y no, haber retirado del establecimiento el mismo, no lo hizo. Con su conducta (decisión empresaria en los términos del a quo) impidió definitivamente la realización de prueba trascendental para el caso”.

Como señalamos al principio, estos grandes cambios de paradigmas procesales no han sido recibidos de manera pacífica, y hay quienes esbozan argumentos en contra, mientras otros señalan la cautela que implica su aplicación práctica cotidiana.

Juan Carlos Díaz, en su artículo “La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional” (2016 p. 202) señala:

“ (...) la regla no cumple con el requisito de ser cimentada sobre una justificación que sea objetiva y, por ello, constituye una diferenciación que contrario a materializar la igualdad real, termina por ocasionar su vulneración. Por esa razón se propone la regulación de la norma, a fin de asegurar que su aplicación solo se dé cuando exista justificación objetiva y razonable, esto es, ante la verificación de un desequilibrio real, que posea la entidad suficiente para hacer imperiosa la distribución de las cargas, ante la inminencia de afectación del derecho de defensa.”

Para Luis Giraldo, en su artículo “El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana”, (2020 p. 235) el artículo 167 del CGP así redactado, desconoce los principios de legalidad y debido proceso:

“Por lo anterior, nos sumamos a quienes consideran que la norma procesal no puede dar vía libre al juez para alterar la carga de la prueba de los supuestos de hecho cuya distribución se encuentra consagrada previamente en la norma sustancial. Permitir al juez crear una regla de carga *ad hoc*, sin previo conocimiento de las partes de a quién le corresponde cumplirla, y sin una razón general para asignarla, va en detrimento de la seguridad jurídica y de la imparcialidad.”

Una crítica frecuente es también la que considera que tal poder otorgado al juez genera desventaja o desigualdad para una de las partes, como lo señala Toscano (2017, p. 106):

“Cuando el juez considera que una de las partes está en situación de desventaja o desigualdad, podría por esta vía dar nacimiento a una serie de prejuicios inadmisibles, con fundamento en ellos, dar paso a sentimientos de solidaridad, alteridad o animosidad respecto de las partes, teniendo como único fundamento las preocupaciones que el juez tenga sobre las partes, por lo que ellas personifican o

simbolizan (en especial por su situación de inferioridad), llevándolo a perder su neutralidad”.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El origen de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental se encuentra situado originariamente en las legislaciones alemana y española de la postguerra y la dictadura del nacionalsocialismo, (R. Araujo 2011, p. 258)

La creciente globalización de las instituciones jurídicas y el neoconstitucionalismo imperante en muchos de los países latinoamericanos, entre ellos Colombia, la consagración de este derecho se extrae de la normativa constitucional, procesal y de los continuos pronunciamientos jurisprudenciales que lo afianzan.

Sobre el tema la profesora Rocío Araujo (2011, p. 270) acertadamente anota:

“El derecho a la tutela judicial en Colombia es deducido de lo consagrado en los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución, y en el artículo 25(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, disposiciones que consagran la administración de justicia como una función pública, el carácter de independiente y autónomo de las decisiones, la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, la injustificación de las dilaciones en los procesos, el derecho de acceso a la justicia, el sometimiento de los jueces al imperio de la ley y la citación de otras fuentes como criterios auxiliares de la actividad judicial.”

La Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-279 de 2013 definió la tutela judicial efectiva como:

“(…) la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los

procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”.

La misma Araujo Oñate (2011, p. 263), con ocasión del análisis de la tutela judicial efectiva y su relación con las normas procesales, anota igualmente:

“Toda vez que se trata de un derecho fundamental de carácter individual que procura la protección de todos los derechos públicos subjetivos, se impone la necesidad de que el ordenamiento procesal se encuentre acorde con el derecho sustantivo y propenda por una plena y eficiente revisión del objeto litigioso, esto es, en sus aspectos de hecho como de derecho, que comprenda una resolución del conflicto efectiva y adecuada, porque no se trata de que el juez bajo el pretexto del derecho fundamental deje de aplicar las disposiciones procedimentales generales para decidir con fundamento en procedimientos a la medida de cada uno de los derechos subjetivos que se controvierten; de allí que el derecho a la tutela judicial efectiva implique un procedimiento administrativo y un derecho procesal acorde con las exigencias del derecho. (...)”

Sobre los orígenes de la inclusión de la tutela judicial efectiva en las normas argentinas, Esperanza Silvia (2017, p. 2), manifiesta que esta no se encuentra consagrada en la Constitución Nacional, pero ella se deriva del análisis e integración de normas del derecho internacional como el Pacto de San José de Costa Rica en sus artículos octavo y veinticinco, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 10, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es entonces indiscutible la relación que las normas procesales guardan con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en Colombia y en todos aquellos países que se precien de ser constitucionalistas y garantistas. En un estado social de derecho, de acuerdo con Pérez (2015 p. 254) “el formalismo legal cede terreno frente a la realidad social” y es entonces cuando se hace patente que toda la normativa procesal debe nutrirse de la normativa constitucional y deja de ser un medio para ser en si mismo un fin en el que se cristaliza toda la principalística de ese estado social de derecho.

El profesor G. Priori (2003, p. 281- 282), afirma sobre las dimensiones de este derecho fundamental, citando a Francisco Chamorro, que:

“el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante. (...) se puede hablar de cuatro grados de efectividad: a) La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Queda claro entonces que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional. b) La efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado. Sin embargo, esto no quiere decir que este derecho garantice a los ciudadanos un tipo especial de respuesta jurisdiccional, sino sólo que se resuelva el problema planteado independientemente de la respuesta que se dé, siempre que, claro está, dicha solución sea razonable y esté en armonía con el ordenamiento jurídico. c) La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico. d) La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada.”

La tutela judicial efectiva, al ser un derecho fundamental que naturalmente, irriga el proceso, no distingue el tipo de proceso, se ciñe sobre la ritualidad, sea cual fuere el derecho material en disputa, y ello le reviste de una superioridad que debe ser tenida en cuenta por los jueces en sus decisiones y en general en el trámite que imprimen a los procesos sin importar la especialidad.

Si observamos la jurisprudencia que en este trabajo se ha vertido y en aquella que no se alcanza a abarcar, la carga dinámica de la prueba impregna principalmente aquellos sectores del derecho en donde es ostensible para el operador la desigualdad de armas procesales, la

notable diferencia entre las partes en cuanto a su capacidad de aportar la prueba o la posición de debilidad manifiesta como es el caso de los sujetos bajo especial protección.

Retomamos aquí lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C -086:

“Como corolario de lo expuesto puede afirmarse que, en términos abstractos, la teoría de la carga dinámica de la prueba no solo es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva, de la prevalencia del derecho sustancial y de su misión activa en la búsqueda y realización de un orden justo. Es también compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, así como con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.”

La tutela judicial efectiva y la pandemia por el Covid 19

De importancia hacer mención en este apartado del enorme impacto que ha significado en la tutela judicial efectiva sobre todo en términos de los plazos judiciales, la reciente aparición de la enfermedad ocasionada por el coronavirus Covid – 19 en el mundo.

La Organización Mundial de la Salud expresó el 11 de marzo de 2020, que la enfermedad generada por el coronavirus COVID-19 era una pandemia global, teniendo en cuenta su fácil contagio, la gravedad de sus síntomas y la posibilidad de afectación grave a los sistemas de salud de todo el mundo.

Las principales medidas implicaron el confinamiento, el aislamiento y distanciamiento social, y con ello el cierre de todas las oficinas públicas, entre ellas las de administración de justicia, que en algunos países tuvo una adaptación rápida a nuevos modelos de gestión de los procesos a través de las tecnologías de la información, mientras que otros tuvieron que acelerar el paso y ver como la congestión judicial aumentaba en detrimento de una administración de justicia pronta y eficaz.

En la Argentina, de acuerdo con Loya A. y Gallo F., en su artículo “El proceso contencioso administrativo y la pandemia Covid 19 en la provincia de Buenos Aires”, (2020) las principales medidas legislativas concernientes al sistema judicial fueron, la emisión del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/20, el cual amplió por un año más la emergencia declarada en la Ley 27.541. No obstante, el Decreto N° 297/2020 exceptuó del aislamiento, en su art 6 inc. 3°, a los que prestan el servicio de justicia.

Por lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tuvo que reglamentar el funcionamiento de la Justicia y por ende de los procesos, tomando las medidas necesarias para no afectar gravemente la prestación del servicio.

Los mismos autores afirman, que como consecuencia de estos acontecimientos y la normativa de urgencia expedida a nivel nacional, las provincias fueron adoptando las medidas que consideraron pertinentes, y en la provincia de Buenos Aires a través de los Decretos N° 132/20, N° 165/20, N° 167/2020, se “estableció la suspensión de los procedimientos y plazos administrativos, correspondientes a la aplicación del Decreto-Ley N° 7647/70 -Normas de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”. Tales suspensiones se mantuvieron vigentes hasta tanto estuvo vigente el estado de emergencia declarado.

Tras una serie de medidas legislativas, de acuerdo a las referencias de Loya A. y Gallo F., en su artículo “Actualidad sobre el proceso contencioso administrativo y la pandemia Covid 19 en la provincia de Buenos Aires” (2020), la justicia argentina y especialmente la bonaerense, logró una implementación eficiente del “teletrabajo” en sus oficinas judiciales, uso adecuado de TICS apoyado en la amplia digitalización de los expedientes y la celebración de audiencias utilizando la virtualidad, reanudando la prestación del servicio y los términos judiciales y administrativos para los meses de abril y mayo de 2020.

Para los mismos autores, como colofón de su observación (2020, p. 15):

“Las medidas adoptadas y a las que se adoptaran durante el periodo que dure la “emergencia” han permitido avanzar de manera firme a la informatización de la estructura judicial bonaerense, dejando de lado el criterio “mixto” que se venía utilizando, para ir poniendo fin al uso del “papel”. En el Fuero en lo Contencioso Administrativo podemos decir que las herramientas digitales han permitido asegurar la

tutela judicial efectiva, teniendo siempre como horizonte el principio de “dignidad humana” en el Estado Constitucional Social de Derecho.”

Indicadores destacables sobre la gestión de trámites judiciales electrónicos durante la pandemia en Argentina pueden hallarse en los informes emitidos por la Suprema Corte de Justicia, quien en su 5° Informe de gestión sobre Medidas e indicadores en el estado de emergencia sanitaria con corte a marzo de 2021, resalta que:

“Entre abril de 2020 y febrero de 2021 ingresaron a los organismos jurisdiccionales de los distintos fueros e instancias 696.219 causas, lo que representa el 70% de las causas ingresadas en el mismo período de 2019/2020. (...) Como dato destacable, en este período se iniciaron en forma remota y completamente digital 385.889 nuevos expedientes judiciales. Vale recordar que, en una primera etapa de la emergencia, esta funcionalidad se aplicaba solo para causas urgentes y recursos de queja ante órganos de alzada; pero a partir del 25 de junio del 2020 fue extendida al inicio de toda clase de causas en los fueros Civil y Comercial, de Familia, Laboral, Contencioso Administrativo, Juzgados de Paz y su habilitación de ingreso por vía de Receptorías.”

En Colombia, el Ministerio de Salud y protección Social profirió la Resolución 385 de 2020 que declaró la emergencia sanitaria en todo el país, la cual sigue vigente.

Con este crítico antecedente, mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró Estado de Emergencia Económica, Social, y Ecológica, de conformidad con el artículo 215 constitucional, el cual fue prorrogado por el término que la Constitución lo permite.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 491 de 28 de marzo de 2020, el cual, en su artículo 3° establece que: “Para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones. (...)” y “En aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos

del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial. No obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial.”

El artículo sexto dispuso la “facultad de suspender términos por parte de todas las autoridades”, y el decreto el 564 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, suspendió términos en su artículo primero así: “1. Suspensión de términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales.”

Tal vez la innovación legislativa más importante que por efecto de la pandemia se produjo a nivel de la administración de justicia en todas las jurisdicciones fue la expedición del decreto legislativo No. 806 de 4 de junio de 2020 “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, el cual estará vigente por los dos años siguientes a su expedición.

Consultado el Informe de la Rama Judicial al congreso de la República año 2020, destacamos los siguientes datos:

Tabla 9. **Gestión Judicial Año 2020**

| Jurisdicción / Competencia | Ingresos Efectivos | Egresos Efectivos | Inventario Final |
|-----------------------------------|---------------------------|--------------------------|-------------------------|
| Constitucional | 1.058 | 1.164 | 483 |
| Contencioso Administrativa | 169.946 | 158.532 | 252.769 |
| Disciplinaria | 17.181 | 21.047 | 40.887 |
| Ordinaria | 1.709.059 | 1.340.345 | 1.617.626 |
| <i>Civil</i> | 512.391 | 361.846 | 502.158 |
| <i>Familia</i> | 94.805 | 67.843 | 94.075 |
| <i>Laboral</i> | 142.673 | 123.691 | 192.855 |
| <i>Penal</i> | 652.153 | 541.246 | 584.850 |
| <i>Promiscuo</i> | 307.037 | 245.719 | 243.688 |
| TOTAL GENERAL AÑO 2020 | 1.897.244 | 1.521.088 | 1.911.765 |

Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial (SIERJU)

Fuente: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/-/judicatura-publica-informe-de-gestion-del-2020-entregado-al-congreso-de-la-republica>

En cuanto a la digitalización de expedientes, el informe no ofrece cifras concretas y le dedica sólo un pequeño aparte (2020 p. 164):

“k) Implementación del plan de digitalización de expedientes: se elaboró el Protocolo para la Gestión Electrónica de Documentos, con el objetivo de brindar los parámetros y estándares para la producción, gestión y tratamiento que garanticen su autenticidad, integridad y disponibilidad, en armonía al proceso de transformación digital de la Justicia; de igual manera, se emitió la documentación e instructivos para el procesamiento y priorización de los expedientes, comenzando en el tercer trimestre del año 2020 el tránsito del expediente físico al expediente electrónico que se proyecta terminar en el año 2022, y el cual consta de dos etapas, la primera etapa de autogestión por parte de cada uno de los despachos judiciales de todo el país, y la segunda que será ejecutada con la contratación de un tercero especializado en la materia.

Con este plan se priorizaron los expedientes activos y en gestión de las Altas Cortes, Tribunales y Juzgados a nivel nacional y en todas las jurisdicciones.”

En el caso argentino pues, las cifras son benévolas con la administración de justicia en medio de la pandemia, toda vez que en los informes oficiales citados no se avizora congestión, sino por el contrario, el afianzamiento de estrategias que emplean las TIC como herramienta de trabajo, de agilidad de trámites y de acercamiento con el ciudadano, lo que debe influir positivamente en la percepción de la efectividad de la tutela judicial.

Colombia por su parte, aun realiza ingentes esfuerzos por lograr implementar completamente la digitalización de procesos, lo cual ha implicado un avance en el desarrollo de las estrategias, pero también una notable congestión que genera un clima negativo entre los usuarios de la rama judicial. Esta situación afecta la percepción de la efectividad de la tutela judicial.

En vista de que no obstante, la distribución dinámica de la carga de la prueba por parte del juez se encuentra fuertemente arraigada en la jurisprudencia y consagrada en las normas de ambos países, siendo esta facultad una manifestación de la constitucionalización del derecho procesal y una herramienta eficaz para la consecución de una tutela judicial efectiva, se consideró de importancia consultar con los operadores judiciales su percepción sobre la efectividad para tal fin de la consagración en cada uno de sus países de la carga dinámica de la prueba.

En la Argentina tal doctrina se ha llevado a la legislación de varias provincias, mientras que para algunos autores ella está patente incluso desde antaño en pronunciamientos jurisprudenciales. Por su parte, Colombia, venía desarrollando la teoría por vía jurisprudencial sobre todo con ocasión de fallos sobre responsabilidad médica, para finalmente aterrizarla en el nuevo Código General del Proceso expedido a través de la ley 1564 de 2012 y que es de aplicación nacional.

El artículo 167 del Código General del Proceso de Colombia, en su inciso segundo establece:

“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.”

VISIÓN DE LOS JUECES SOBRE LA APLICACIÓN CONCRETA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA FRENTE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Se realizó una entrevista a dos jueces, uno argentino, el otro colombiano, que han trabajado ambos en la jurisdicción contenciosa administrativa y por tanto, como lo han manifestado, conocen la distribución dinámica de la carga de la prueba y conocen el desarrollo en sus países del tema.

A los entrevistados se les puso de presente el objetivo de conocer su percepción con respecto a la eficacia de la carga dinámica de la prueba como herramienta para el logro de la tutela judicial en casos particulares dado que, existen corrientes doctrinales en ambos países que se encuentran en desacuerdo con tal planteamiento.

Ambos Jueces manifiestan que han aplicado en procesos a su cargo la distribución dinámica de la carga de la prueba. En la Argentina parece haber una mayor aplicación a temas diversos y el juez enmarca esa acción junto las pruebas de oficio como facultades necesarias para el logro de la verdad jurídica objetiva. El juez colombiano en su respuesta anota que hubo cambios de velocidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado, máximo órgano de lo contenciosos en el país y en el marco de tales cambios, la aplicación de la teoría fue viniendo a menos con el paso de los años y la morigeración de la postura del Consejo de Estado con respecto a sus primeras sentencias.

El Juez argentino anota que, el tema fue inicialmente abordado por la doctrina, para ser posteriormente recepcionado por la jurisprudencia y luego la ley, y que goza de una gran popularidad entre los jueces que la aplican en temas de defensa del consumidor, medio ambiente, procesos contencioso-administrativos y en litigios en materia de familia y daños y perjuicios. En Colombia fue el Consejo de Estado quien la introdujo por vía de sus decisiones jurisprudenciales, planteándose desde entonces interesantes debates académicos y doctrinales, siendo acogida últimamente por la legislación, de acuerdo con lo informado por el juez colombiano.

Efectivamente en las referencias jurisprudenciales colombianas anotadas, se pudo identificar que inicialmente el Consejo de Estado en su sección tercera empezó a traer a

colación la teoría de que quien estuviese en mejor posición de probar o se encontrara en situación de cercanía al medio probatorio o mayor experticia, asumiera la carga de determinados hechos que originalmente no había aducido, o no le interesaba que se probasen. Esta postura fue aterrizando en los juzgados de menor jerarquía y no solo en la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que alcanzó otros temas de la jurisdicción civil y derechos fundamentales.

Sobre la relación de esta flexibilización del *onus probandi* tradicional con el derecho a una tutela judicial efectiva, para el juez argentino esta relación es estrecha y pone de presente ejemplos de habitual ocurrencia en su país, recalando que especialmente que desde su perspectiva se vincula directamente con el derecho a ser oído. El juez colombiano por su parte, parte de un análisis de la tutela judicial efectiva como norma de principio que anteriormente se conocía como acceso a la administración de justicia o derecho de acción.

Este derecho no solo garantiza el ingreso a la administración de justicia, a acudir a los jueces, y también la salida, esto es que el conflicto se resuelva a través de una sentencia de fondo y que esta pueda cumplirse efectivamente, además de que el proceso se desarrolle en un plazo razonable.

En este punto, considera el Juez colombiano, que la distribución dinámica de la prueba interfiere con el plazo razonable, porque su adecuada aplicación implica una mayor duración del proceso. Pero también apunta, a que se acceda a la administración de justicia en términos de igualdad y la carga dinámica coadyuva a que la parte en desventaja pueda acceder a la prueba que favorezca sus intereses.

Sobre la congestión y consecuente mora judicial en el sistema jurisdiccional colombiano, sin que tales cifras puedan relacionarse directa o indirectamente con el punto de la dificultad que entraña la distribución de la carga dinámica de la prueba, al requerir el empleo de un tiempo adicional en este análisis y la emisión de providencias judiciales que hagan tal distribución, las cuales se someten obviamente a la contradicción, se han proferido muchos informes, de los cuales destacamos el siguiente, de la Corporación Excelencia para la Justicia – CEJ:



| Año ▼ | Inventario inicial | Ingresos efectivos | Egresos efectivos | Índice de Congestión |
|-------|--------------------|--------------------|-------------------|----------------------|
| 2.020 | 1.568.357 | 1.396.726 | 1.106.315 | 62,7% |
| 2.019 | 1.567.738 | 2.164.374 | 1.774.791 | 52,4% |
| 2.018 | 1.509.949 | 2.075.437 | 1.683.482 | 53,0% |
| 2.017 | 1.425.658 | 2.080.498 | 1.616.300 | 53,9% |
| 2.016 | 1.493.546 | 1.991.122 | 1.538.003 | 55,9% |

Fuente: Corporación Excelencia de la Justicia <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-sector-jurisdiccional/>

De este informe, debe destacarse que, la congestión se mantuvo en índices estables pero altos y que para la época de pandemia la congestión aumentó en un índice superior al 10%, lo que respalda la preocupación del juez, expresada en su respuesta en relación con como se afecta la tutela judicial efectiva en cuanto a la prontitud de las decisiones.

Este punto es crucial en el abordaje de este artículo pues hemos encontrado voces a favor y en contra de la aplicación de la carga dinámica, siendo los doctrinantes los que han generado la aparente contradicción entre esta y el derecho de defensa, además de señalarla como una expresión de un poder omnímodo del juez que juega en contra de las garantías procesales. Después de recorrer una parte de la jurisprudencia y asumiendo como corresponde que un nuevo constitucionalismo ha surgido y que este involucra de una manera directa la amera en que administramos justicia, no es de recibo desechar una herramienta tan valiosa por la simple sospecha de que los jueces no están preparados para usarla o que generará en el proceso un sesgo que llevará al traste la imparcialidad.

El derecho de acción que los procesalistas clásicos identificaron no podía ser ajeno a los cambios sociales que exigen una nueva vista de la justicia, ese derecho que escuetamente implicaba acceder a una juez fue madurando y nutriéndose de la creciente madurez del derecho constitucional y hoy en día su evolución en una tutela judicial efectiva señala nuevos poderes, pero también enormes responsabilidades para los jueces en su ejercicio. Este derecho fundamental tiene por esencia que los actores que acuden al Estado para resolver un conflicto sientan que ello se ha logrado con los mas altos estándares de justicia y equidad y que en tal tarea el operador judicial ha hecho todo a su alcance para encontrar la verdad material.

De tal suerte, no puede juzgarse esta herramienta con la suposición, enteramente subjetiva, de la incapacidad del juez, del desconocimiento, de la desidia o del carácter prevaricador. La confianza en nuestras instituciones y en los jueces y la presunción de buena fe deben ser el criterio que rijan la calificación de sus actuaciones en la tarea de administrar justicia.

Al indagar sobre los cambios que pudieron presentarse al pasar de una aplicación de reglas jurisprudenciales a la consagración legal, el juez argentino considera que tal situación ha sido un gran avance que permite aplicar la norma directamente o por analogía, al mismo tiempo que lo denomina un deber del juez. Por el contrario, para el juez colombiano la consagración legal ha sido negativa por cuanto las reglas específicas de aplicación, desde su óptica, implican para el juez mayor trabajo, responsabilidad y tiempo, manifestando que desde la expedición del CGP ha visto casi desaparecer en su círculo inmediato de jueces la aplicación de la distribución dinámica de la carga. Es importante anotar que cada juez dio su respuesta desde un enfoque disímil, el argentino desde el deber y el beneficio para el proceso y las partes y el colombiano desde la perspectiva de una carga para el agobiado juez que debe cumplir con términos perentorios y estadísticas.

CONCLUSIONES

La inclusión de la distribución dinámica de la prueba en las legislaciones argentina y colombiana se considera, por parte de los jueces, una herramienta para el logro de una tutela judicial efectiva, anotándose que al parecer los jueces colombianos encuentran una mayor dificultad en su aplicación práctica no porque consideren que atenta contra el derecho de defensa o porque atribuya poderes exorbitantes al juez, sino porque el alto grado de congestión judicial mantiene en constante mora a los despachos y ven en el procedimiento que debe seguirse para la distribución dinámica de la carga de la prueba, una talanquera adicional, un escalón más en las ya atestadas escaleras que los deben conducir a la sentencia.

Es claro que la pretensión de esta nueva norma no es otra que otorgar al Juzgador una nueva herramienta que haga palpable la aspiración de las partes de lograr en el proceso el encuentro con la verdad real y con ella una efectiva protección de sus derechos, pretensión ésta que se anida en lo que conocemos actualmente como tutela judicial efectiva.

Los defensores de la carga dinámica de la prueba le atribuyen la bondad de erigirse en herramienta vital de la tutela judicial, la cual, no implica simplemente el acceso a la administración de justicia, sino que plantea que este acceso debe ser real y efectivo, entendiéndose que de verdad se logre con la dinámica procesal la protección de los derechos sustanciales y fundamentales de los ciudadanos, en el marco del debido proceso y propugnando por una materialización de la sentencia proferida. En este marco, varios autores argentinos y colombiano han salido en defensa de la carga dinámica como una herramienta que facilita y hace patente la tutela judicial efectiva, suministrando al juzgador un poder – deber que implica llegar a la verdad basándose en la solidaridad y colaboración que debe existir entre las partes dentro del proceso para lograr tal fin.

Desde nuestra perspectiva, la carga dinámica o flexible de la prueba es una herramienta que pone en manos del juzgador la posibilidad de lograr en el desarrollo de su proceso la materialización de una tutela judicial efectiva, esto es, que si está en sus manos, el juez puede oficiosamente distribuir la carga de la prueba, y lograr con ello acercarse al equilibrio deseable en el debate procesal, sobre todo en temas en donde la relación jurídico procesal le indique al

juez que existe una disparidad que incide negativamente en el aporte y práctica de pruebas, como es el caso de litigios laborales, sobre discriminación, responsabilidad médica y demás con tal connotación.

La inclusión de esta distribución dinámica en las legislaciones argentina y colombiana, son, en efecto, una invaluable herramienta para el logro de una tutela judicial efectiva puesto que ofrecen al operador judicial el sustento legal que les permite flexibilizar las reglas generales del *onus probandi*, lo cual coadyuva junto con el poder de decretar pruebas oficiosamente al encuentro de la verdad en el entendido que ese y no otro es el propósito de los procesos modernos en procura del restablecimiento de la justicia.

La incipiente aplicación de la teoría no le resta mérito a la misma, sino que permite ir con cautela en la aceptación del nuevo papel del juez en los procesos, los cuales deben reconocerse como un instrumento legítimo de realización de los fines del Estado social de Derecho, en el cual, la justicia, la igualdad y la paz son pilares fundamentales para la armónica convivencia social.

Tal conclusión es respaldada por la Corte Constitucional Colombiana, cuando en la sentencia C – 86 esgrime con total claridad sobre el significado de la palabra “podrá” en el artículo 167 del código general del proceso:

“De esta manera, para la Corte es claro que en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad del juez y se erige en un verdadero deber funcional. No obstante, ello debe ser examinado de acuerdo con las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba. De hecho, para tal fin también se han diseñado diversos recursos y mecanismos de control al interior de cada proceso, e incluso excepcionalmente podrá hacerse uso de mecanismos extraordinarios como la acción de tutela, lo cual ha sido avalado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional.”

El órgano de cierre de la jurisdicción constitucional colombiana viene a establecer en esta importante jurisprudencia que, la distribución dinámica de la prueba en los casos que sea aplicable de acuerdo al supuesto normativo, es un deber funcional del juez, y lo es, precisamente, por lo que ya hemos manifestado anteriormente, se constituye en una herramienta de incalculable valor para el restablecimiento del desequilibrio que pudiera evitar el logro de un tutela judicial efectiva en los casos concretos.

Por tanto, una importante conclusión sería que han removerse los principales factores que vienen generando la congestión judicial, y en vez esquivar estos mecanismos tan importantes por temor a la mora, contemplar que existen otros aspectos, que no la carga dinámica de la prueba, que afectan la tutela judicial efectiva y la aplicación cabal de las herramientas y poderes del juez.

Es necesario, desde nuestra perspectiva, el planteamiento de una reforma judicial profunda que involucre la creación de nuevos despachos judiciales, la creación de la jurisdicción constitucional que resuelva las acciones constitucionales y se despoje de tal competencia a la jurisdicción ordinaria, por cuanto el volumen de acciones constitucionales a resolver y la inmediatez que ello implica, genera una excesiva carga de trabajo a los jueces. Importante también considero el decidido impulso a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la continuidad en la implementación de gestión de procesos a través de las TIC y la culminación de la digitalización de procesos. Todo ello por supuesto requerirá de la voluntad política del gobierno y la destinación de los cuantiosos recursos que tal compromiso implica.

REFERENCIAS

Airasca, I. (2004), “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, en Peyrano, Jorge (Dr.) y Lépori, Inés (Cord.), Cargas probatorias dinámicas, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Araújo, R. (2011). “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”, Revista Estudios Socio Jurídicos, Bogotá.”

Argentina. Ley 7425 de 1968. Código procesal Civil y Comercial – CPCCBA. 24 de octubre de 1968.

Argentina. Ley artículo 26994 de 2014. Código Civil y Comercial nacional – CCCN. 8 de octubre de 2014.

Argentina. Suprema Corte de Justicia de Argentina. (2021). 5° Informe de gestión sobre Medidas e indicadores en el estado de emergencia sanitaria con corte a Marzo de 2021. <https://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Informes%20de%20gesti%F3n%20en%20contexto%20de%20pandemia&veradjuntos=no>

Calamandrei, P. (1996). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Librería El Foro.

Calvhino, G. (2016), Carga de la prueba. Buenos Aires: Astrea.

Chico, T. (2007). Objeto y carga de la prueba civil, J.M. BOSCH EDITOR. ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/unilibrebaqsp/detail.action?docID=3175575>.

Colombia. Constitución Política de Colombia [C.P.]. Art. 6. Julio 7 de 1991 (Colom.).

Colombia. Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. D.O. núm. 48.489.

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 5, 1992, M.P.: C. Angarita, sentencia T-406 de 1992, [Colom.].

Colombia. Ley 1564 de 2012. Por medio del cual se expide el Código General del Proceso. Julio 12 de 2012. D.O. núm. 48.489.

Colombia. Resolución 385 de 2020 Ministerio de Salud y protección Social. Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus. Marzo 12 de 2020. D.O. 51.282.

Colombia. Decreto 417 de 2020. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional. Marzo 17 de 2020. D.O. 51.259.

Colombia. Decreto Legislativo No. 491 de 2020. Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Marzo 28 de 2020. D.O. 51.270.

Colombia. Decreto Ley 564 de 2020. Por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Abril 15 de 2020. D.O. 51.286.

Colombia. Decreto legislativo No. 806 de 2020. Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Junio 4 de 2020. D.O. 51.335.

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 28, 2003, M.P.: J. Córdoba, sentencia C-740 de 2003, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 6, 2004, M.P.: M. Cepeda, sentencia C-741 de 2004, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 27, 2009, M.P.: L. Silva, sentencia C-590 de 2009, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], diciembre 1, 2011, M.P.: J. Henao, sentencia T-909 de 2011, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], mayo 15, 2013, M.P.: J. Pretelt, sentencia C-279 de 2013, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], febrero 24, 2016, M.P.: J. I. Palacio, sentencia C-086 de 2016, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 2, 2016, M.P.: A. Rojas, sentencia T-291 de 2016, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], marzo 2, 2018, M.P.: L. Guerrero, sentencia T-074 de 2018, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], mayo 6, 2021, M.P.: J. Ibañez, sentencia SU-129 de 2021, [Colom.].

Consejo de Estado de Colombia (C.E.), octubre 24 de 1990, M.P. G. de Greiff, sentencia Radicado 5902, (Colom.)

Consejo de Estado de Colombia (C.E.), febrero 10 de 2000, M.P. A. Hernández, sentencia Radicado 11878, (Colom.)

Consejo de Estado de Colombia (C.E.), marzo 22 de 2001, M.P. R. Hoyos, sentencia Radicado 13166, (Colom.)

Consejo de Estado de Colombia (C.E.), abril 11 de 2002, M.P. A. Hernández, sentencia Radicado 13330, (Colom.)

Consejo de Estado de Colombia (C.E.), abril 11 de 2002, M.P. A. Hernández, sentencia Radicado 13330, (Colom.)

Consejo de Estado de Colombia (C.E.), enero 24 de 2002, M.P. J. Carrillo, Sentencia Radicado 12706, (Colom.)

Consejo de Estado de Colombia (C.E.), junio 10 de 2004, M.P. R. Hoyos, sentencia Radicado 25416, (Colom.)

Consejo de Estado de Colombia (C.E.), abril 14 de 2010, M.P. M. Fajardo, sentencia Radicado 18285, (Colom.)

Corporación Excelencia de la Justicia (2021). Índice de Congestión del sector jurisdiccional en Colombia. <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-sector-jurisdiccional/>

Corte Suprema de Justicia de Colombia (C.S.J.), enero 30 de 2001, M.P. J. Ramírez, sentencia expediente 5507.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (C.S.J.), mayo 25 de 2011, M.P. F. Castro, expediente N°: 33660.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (C.S.J.), mayo 3 de 2011, M.P. F. Ricaurte, expediente N°: 26126.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (C.S.J.), mayo 25 de 2011, M.P. F. Castro, expediente N°: 33660.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (C.S.J.), junio 28 de 2017, M.P. A. Salazar, expediente N°: SC9193-2017.

Couture, Eduardo. (2002). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Faira.

Devis, H. (2012). Teoría General de la prueba judicial. Bogotá: Temis.

Devis, H. (2000). Compendio de la prueba judicial. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

Díaz, J. (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. Revista Entramado Vol. 12. <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>

Esperanza, S. (2017). Un tema siempre vigente: las cargas probatorias dinámicas. AR/DOC/973/2017

Giraldo, L. (2020). El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 41, <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.08>.

Hernández, M.(2015). La carga dinámica de la prueba en el proceso laboral. En memorias del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal “Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales”. Jujuy.

Lessona C. (1964). Teoría general de la prueba en derecho civil. Instituto Editorial Reus.

Lépori I., (2004). Cargas probatorias dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

Loya F. y Gallo F. (2020). “El proceso contencioso administrativo y la pandemia Covid 19 en la provincia de Buenos Aires” Erreius " Temas de Derecho Administrativo".

Loya F. y Gallo F. (2020). “Actualidad sobre el proceso contencioso administrativo y la pandemia Covid 19 en la provincia de Buenos Aires” Erreius " Temas de Derecho Administrativo".

Michelli, G. (2004). La Carga de la Prueba. Bogotá: Temis.

Navarrete, C. (2017). Aspectos relevantes en la aplicación de la carga de la prueba en materia civil con ocasión del Código general del Proceso de Colombia. Revista de Derecho (p. 130-148). Bogotá

Pérez, J. (2015). La discrecionalidad del juez en el contexto del código general del proceso. En Universidad Libre – ICDP (eds.). Memorias. XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (pp. 251-270). Pereira.

Peyrano, J. (2004). Cargas probatorias dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

Peyrano, J. (2016). Las cargas probatorias dinámicas hoy. [AR/DOC/583/2016](#)

Priori, G., (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. Perú. Revista ius et veritas 26 - <https://textos.pucp.edu.pe/pdf/4860.pdf>)

Rama Judicial de Colombia. (2020). Informe de la Rama Judicial al congreso de la República año 2020. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/-/judicatura-publica-informe-de-gestion-del-2020-entregado-al-congreso-de-la-republica>

Rosenberg, L. (2017). La carga de la prueba. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

Toscano, F. (2013). Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal. Revista de Derecho Privado, 24, 237-257.

Toscano, F. (2017) La imparcialidad en materia probatoria. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Salinas, J. (2014). La tutela judicial efectiva de la ley y del ciudadano desde el punto de vista procesal y constitucional. México: Lascano.