RV: Recurso de reposición 2022-006

Juzgado 04 Civil Municipal - Quindío - Armenia <j04cmpalarm@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Mié 23/08/2023 16:12
Para:Centro Servicios Judiciales Civil Familia - Quindío - Armenia <cserjudcfarm@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (176 KB)
DOC-20230823-WA0022;

Juzgado Cuarto Civil Municipal de Armenia
Carrera 12 Nro.20-63, Oficina 211
Palacio de Justicia "Fabio Calderón Botero"
E-mail: j04cmpalarm@cendoj.ramajudicial.gov.co
Tel: 7441132

AVISO IMPORTANTE: La dirección de correo electrónico j04cmpalarm@cendoj.ramajudicial.gov.co es de uso exclusivo del Juzgado para el envío y recepción de notificaciones constitucionales.

Acusar recibo de la presente notificación en el menor tiempo posible. En todo caso, y a falta de dicha confirmación, se advierte que se presume la recepción del presente mensaje, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20, 21 y 22 de la (Ley 527 del 18-08-1999).

Antes de imprimir este mensaje, por favor, compruebe que es necesario hacerlo. Una tonelada de papel implica la tala de 15 árboles y el consumo de 250.000 litros de Agua. El medio ambiente es cuestión de TODOS

De: Andrea carolina Fuentes saavedra <ancafusaa@gmail.com>
Enviado: miércoles, 23 de agosto de 2023 3:31 p. m.
Para: Juzgado 04 Civil Municipal - Quindío - Armenia <j04cmpalarm@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Recurso de reposición 2022-006

Señor
JUEZ CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE ARMENIA (Q.)
E. S. D.

Ref: **PROCESO VERBAL SUMARIO RESCISIÓN DE LESIÓN ENORME**
Rad: **2022-00006-00**
Dte: **NÉSTOR JULIÁN SALAZAR MALDONADO**
Dda: **ESTEFANÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ**

RECURSO DE REPOSICIÓN SOBRE EL AUTO DE FECHA DIECISEIS (16) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRES (2.023), FIJADO EN EL ESTADO DEL 17 DE AGOSTO DE

2.023

ANDREA CAROLINA FUENTES SAAVEDRA, conocida de autos, fungiendo como procuradora judicial, de la señora ESTEFANÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ (parte pasiva), dentro de las presentes diligencias ante su Despacho, con mi acostumbrado respeto, me dirijo para solicitar, se sirva usted tramitar el siguiente **RECURSO DE REPOSICIÓN** sobre el auto objeto de pronunciamiento de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2.023), frente a lo ordenado por la Sala Civil, Familia, Laboral del Honorable Tribunal Superior de Armenia del diez (10) de agosto del hogaño, notificada a las partes de la referencia el día catorce (14) de agosto de la presente anualidad. Petición que sustento amparada en lo normado en nuestro estatuto procedimental en su artículo 318, 319 y surta traslado de 110 del mismo compendio procedimental.

Atentamente,

ANDREA CAROLINA FUENTES SAAVEDRA
C.C. No. 1.098.666.396 de Bucaramanga
T.P. No. 380.736 del C. S. de la J.

Señor
JUEZ CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE ARMENIA (Q.)
E. S. D.

Ref: **PROCESO VERBAL SUMARIO RESCISIÓN DE LESIÓN ENORME**
Rad: **2022-00006-00**
Dte: **NÉSTOR JULIÁN SALAZAR MALDONADO**
Dda: **ESTEFANÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ**

RECURSO DE REPOSICIÓN SOBRE EL AUTO DE FECHA DIECISEIS (16) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRES (2.023), FIJADO EN EL ESTADO DEL 17 DE AGOSTO DE 2.023

ANDREA CAROLINA FUENTES SAAVEDRA, conocida de autos, fungiendo como procuradora judicial, de la señora ESTEFANÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ (parte pasiva), dentro de las presentes diligencias ante su Despacho, con mi acostumbrado respeto, me dirijo para solicitar, se sirva usted tramitar el siguiente **RECURSO DE REPOSICIÓN** sobre el auto objeto de pronunciamiento de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2.023), frente a lo ordenado por la Sala Civil, Familia, Laboral del Honorable Tribunal Superior de Armenia del diez (10) de agosto del hogaño, notificada a las partes de la referencia el día catorce (14) de agosto de la presente anualidad. Petición que sustento amparada en lo normado en nuestro estatuto procedimental en su artículo 318, 319 y surta traslado de 110 del mismo compendio procedimental.

Señor Juez, solicito se sirva usted dejar sin efecto el auto objeto de reparo, y en su lugar se profiera Auto de seguir adelante con la decisión ordenada por su Despacho, siguiendo la cuerda procesal de los siguientes Autos a saber:

Señor Juez, la decisión adoptada unánimemente en sala del diez (10) de agosto del presente año, por el Honorable Tribunal Superior del distrito Judicial de Armenia Sala Civil, Familia, notificada a las partes de la referencia el día catorce (14) de agosto de 2.023, en su parte motiva es clara al indicar que el trámite de notificación que realiza el señor NÉSTOR JULIÁN SALAZAR MALDONADO, a mi prohijada señora ESTEFANÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, indicando la Honorable corporación que, a través de proveído del primero (01) de febrero de dos mil veintidós (2.022), el juzgado de conocimiento admitió las diligencias que nos ocupan dando consecutivo interno o radicado número 2022-00006-00, es así como a través de auto de fecha siete (07) de abril de dos mil veintidós (2.022), se requirió al demandante para que

realizara la notificación a la demandada, expresando que se privilegiaría el medio digital de comunicación y advirtiéndole que contaba con el termino de treinta (30) días, so pena de decretar el desistimiento tácito.

El 12 de mayo de 2022, la parte actora allego escrito solicitando que se autorizara una nueva dirección física para efectos de notificación, precisando:

> *"El cambio de dirección para la notificación a la demandada obedece a que se intentó notificarla a través del correo electrónico **edwin67@gmail.com**, y luego analizar la escritura pública 992 del 8 de mayo de 2019, aportada con la demanda, surgió la duda si el correo correcto era: **eduwin67@gmail.com**, optándose por enviar la notificación a ambos correos, **recibiendo respuesta de la empresa CERTIPOSTAL que los correos en ningún momento fueron abiertos, según el reporte que me permito aportar**.*
>
> *El 10 de mayo de 2022, siendo las 9:35 a.m. opte por comunicarme con ESTEFANÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ a través del celular (…) informo que esos correos no los utiliza y tampoco los abre (…) "(Resalta la Sala)*

Mediante providencia del 18 de mayo de 2022 el juzgado de conocimiento se pronunció sobre dicha solicitud así:

> *"El gestor adjetivo del suplicante ha allegado los soportes que indican que la notificación personal realizada en el correo electrónico de la convocada, cuya obtención realmente fue acreditada en el plenario (eduwin67@gmail.com). Resulto fallida, por cuanto jamás fue abierto el pertinente mensaje de datos, ora de que, según expone, **la rogada planteó que no utilizaba el aducido canal digital. Adicionalmente, informo cierta dirección física, en aras de desplegar la actuación comunicatoria pendiente.***
>
> *Sin embargo, **de entrada se advierte que es inviable aceptar la postura asumida por el extremo incoante**, en tanto que, en oposición a lo que señala no es un requisito que marque el éxito del noticiamiento personal por medios electrónicos que se acredite que la parte destinataria lo abrió o que hubiera emprendido su lectura, **sino que se demuestre el recibimiento o el acceso al mensaje de datos, siendo que en la actual ocasión efectivamente se comprobó ese primer aspecto, lo que permite avalar ese punto especifico de la diligencia desarrollada.***
> ***Así, no es necesario acudir a otros medios para emprender la publicitación;** tesis esta que encuentra estribo en lo explicado por el Máximo*

Tribunal Constitucional, al declarar la exiquibilidad condicionada del inc. 3°, art. 8° del decreto legislativo 806 de 2020, bajo la premisa de que en ese escenario, el respectivo termino ha de contabilizarse, entre otros hitos temporales, ***desde el instante en que el iniciador reporte el acuse de recibo****, siendo que, por consiguiente, este es el puntual tópico que ha de probarse, al momento de desarrollarse el noticiamiento,* ***lo que se ha cumplido en la actual oportunidad.***

A la par de lo expuesto, conviene indicar que en lo absoluto puede acogerse la tesis presuntamente esbozada por la convocada, ***en el sentido de que no usa el correo electrónico en mención, siendo que, en primer lugar, esa aseveración carece de medios de convicción que la acrediten de fo0rma fehaciente; y, en segundo término, al constatarse la entrega del soporte virtual, se comprende que dicho canal está operando, emergiendo como un deber del destinatario, en orden al postulado de lealtad procesal, revisarlo constantemente.***

En fin, con apoyo en el descrito panorama, ***no es conducente que en esta ocasión se sustituya el abordado mecanismo de enteramiento por la dirección física****, teniéndose que, según lo disertado, es posible privilegiar ese instrumento, tal como lo preceptúa el decreto 806 de 2020, que propugna por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación*.

Con todo, ***se resalta que no es factible aprobar la notificación presentada****, por cuanto: a) se señaló que el presente tramite es de talante verbal, a pesar de que se trata ciertamente de un derrotero verbal sumario; imprecisión que genera confusiones en cuanto al lapso de tiempo con el que la suplicada cuenta para concretar la defensa; y, b) de ninguna manera se evidencio la remisión del escrito de subsanación*.

En ese orden de argumentos, han de rectificarse las aducidas falencias, ***llevándose a cabo nuevamente la comunicación personal respecto de la rogada****, a través del canal digital antes mencionado (eduwin67@gmail.com); objetivo que ha de desplegarse en el lapso de 30 días computados a partir de la publicación del presente auto. Lo anterior, so pena de decretarse el desistimiento tácito, contemplado por el ord. 1°, art. 317 del compendio Ritual Vigente. En el mismo interregno y con similar penalidad, han de aportarse las probanzas relacionadas con cualquier actuación tocante a la realización de la carga impuesta"*

Concluye la **HONORABLE CORPORACIÓN**, indicando que todo lo anterior, torna procedente la acción Constitucional, por lo que se ha de revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **CONCEDER** el amparo incoado, y en consecuencia, se ha de **ORDENAR** que en el término de dos días siguientes a la notificación de esta sentencia, el juzgado accionado proceda **A DEJAR SIN EFECTOS LA PROVIDENCIA PROFERIDA EL DIECIOCHO (18) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDOS (2.022)**, para que resuelva nuevamente la solicitud elevada por la parte actora y adopte las medidas pertinentes en orden a continuar en debida forma el trámite del proceso de rescisión por lesión enorme, sin incurrir en la vulneración advertida en sede de tutela, tomando los correctivos necesarios en cuanto al trámite posterior y que dependa de la citada providencia.

Por lo anteriormente expuesto por la Honorable Corporación, se advierte que, a fin de evitar errores, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Armenia, dando continuidad con el trámite procesal como lo ordena el Honorable Tribunal, en el fallo de tutela del diez (10) de agosto de 2.023, notificada a las partes de la referencia el día catorce (14) de agosto de 2.023.

Proceda señor Juez, a cumplir con lo ordenado en el auto de fecha tal en el cual se ordena cumplir con la carga procesal de notificar a la demandada ESTEFANÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, para lo cual concede treinta (30) días para realizar la notificación so pena de desistimiento tácito.

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 133 del C.G.P., será nulas todas las actuaciones que dependan de la providencia del primero (01) de febrero de 2.022, que admitió la demanda y ordeno notificar a la demandada ESTEFANÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

En ese orden de ideas, hemos de concluir que Ciertamente, la reposición del procedimiento implica volver el litigio al estado en que se encontraba antes de haberse cometido alguna ilegalidad o incurrido en omisión de lo procedente e imprescindible en su tramitación, para un nuevo curso ajustado a lo debido.

Procedimiento aplicable dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad que tiene como objetivo reintegrar al expediente algún elemento que por cualquier razón desapareció de él.

El legislador ha indicado que la carga de la prueba es una regla de juicio en materia probatoria, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, que consiste en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo. Su implementación trae importantes y novedosas consecuencias prácticas, que, analizadas a la luz de razonamientos constitucionales, atentan contra la

supremacía constitucional en materia de igualdad. Esta regla favorece a uno de los extremos procesales y se consagra como una medida de diferenciación instituida en virtud del mandato de trato diferencial equitativo incluido en la Constitución política de Colombia.

Por ello se debe acreditar, para su válida procedencia, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Corte, como: la existencia de una justificación objetiva y razonable, una relación de proporcionalidad y racionalidad entre la justificación, los hechos y el fin perseguido. Sin embargo, 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.

Inscrita en una tendencia innovadora, la Ley 1564 del año 2012 constituye un instrumento que incorpora figuras e instituciones que ponen de cara al sistema con importantes retos, es por eso, que a portas de su entrada en vigencia surgen dos preocupaciones: la primera, radicada en estudiar tales instituciones y figuras que el legislador ha incorporado, y a las cuales ha encomendado el cumplimiento de los fines y propósitos perseguidos con la implementación de la ley y determinar su grado de efectividad en relación con estos; la segunda es la de analizar su impacto en el ordenamiento jurídico entendido como un todo coherente y sistemático. Estas cuestiones constituyen un título de deuda de parte de la comunidad de estudiosos y académicos del derecho a favor de la sociedad colombiana y de la ciencia jurídica, por lo cual acudir a la realización de tal examen es necesario y sensato. La presente investigación, en atención a lo comentado, ha centrado su interés en el estudio de las modalidades de carga probatoria aplicables en el proceso judicial colombiano con la entrada en vigencia del CGP, y particularmente, en la modalidad de carga dinámica de la prueba, pues se estima que los presupuestos e implicaciones prácticas que entraña, constituyen un cambio de hondo calado en materia probatoria que es menester analizar, pues se pasa de un sistema en el que la responsabilidad de probar los hechos que sirven de sustento a la norma cuya aplicación reclama estaba inamoviblemente en cabeza de la persona que los alegaba, a un sistema que en principio sigue esta regla pero que le otorga al juez la posibilidad, de que en atención a las particularidades del caso, distribuya la carga de la prueba, es decir, se entra al terreno de lo que se ha conocido como dinamismo de la carga probatoria. La posibilidad comentada tiene su sustento en la igualdad material y busca la corrección de los desatinos judiciales derivados de la aplicación de las reglas inflexibles sobre carga de la prueba, entendiendo que existen situaciones de desequilibrio entre las partes que impiden el derecho de defensa en real igualdad de derechos y oportunidades, es decir, inequitativamente, y pueden ocasionar que el acervo

probatorio propuesto por las partes en tales condiciones se vea limitado y se precipiten providencias definitivas que no correspondan con la verdad y la justicia.

Se emprende el estudio en un primer momento, al establecer las generalidades y nociones teóricas básicas, las históricas y las normativas de la carga de la prueba y se hace referencia al derecho a la prueba y al debido proceso. Posteriormente, se analizan las modalidades de carga probatoria aplicables en el sistema jurídico colombiano haciendo énfasis en la modalidad de carga dinámica y, por último, se expone la tesis sobre la vulneración al derecho a la igualdad procesal, pues el legislador, a la hora de fijar la forma de aplicación de la regla de carga dinámica de la prueba, no ha conciliado con sagacidad la obligación simultánea de administrar justicia y de procurar llegar a ella con respeto pleno al debido proceso y concretamente al derecho a la igualdad; con ello se deja la aplicación de la norma en un ámbito de indeterminación que no asegura la adecuada comprensión y protección de los principios constitucionales y procesales que alientan la figura por parte de las autoridades llamadas a su aplicación.

La lógica del Derecho en la actualidad nos indica que quien alega un hecho en un juicio debe probarlo, ya que el alegarlo no constituye por ese solo hecho prueba. Sobre este supuesto se pretende construir el concepto de carga de la prueba.

Las definiciones que pueden existir sobre la carga de la prueba son variadas, no obstante, todas apuntan a definir una misma función o propósito en la actividad de probar. La definición adoptada por el Consejo de Estado resulta apropiada para entender en general en qué consiste la carga de la prueba.

En la Sentencia del Consejo de Estado del 26 de mayo de 2010, con ponencia de la consejera Ruth Stella Correa Palacio, toman la siguiente definición:

Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. (Consejo de Estado, 2010, p. 20)

Hay que tener en cuenta que esta definición también la adopta Jairo Parra Quijano, en su libro Manual de Derecho Probatorio (2006, p. 249)

De la definición se desprenden dos aspectos que merecen ser destacados: Primero, que las partes son libres en su actuar para obtener la consecuencia jurídica del supuesto de hecho de la norma que desean aplicar al caso concreto, lo que se conoce como principio de autorresponsabilidad de la prueba y, segundo, que con este actuar lo que hacen las partes es trazarle al juez un camino de cómo debe fallar.

Alrededor de este entendimiento sobre la institución, acotado por el Consejo de Estado y validado por la doctrina en donde se le entregan la connotación de reglas en sentido amplio, estas pueden considerarse como verdaderas directrices-pauta prescriptivas del comportamiento de las partes al interior del proceso.

Una regla de juicio bajo esta premisa, es una hipótesis de trabajo o directriz procesal para el juez que, como orientador del proceso judicial, la utiliza por imposición o deber, en la tarea de construir la convicción de los hechos que dieron lugar a la relación jurídica contenciosa que se debate en proceso judicial, el cual está sometido a su conocimiento y juicio. El juez no lleva a sus espaldas la exigencia o peso de la carga de la prueba, que es la de probar los hechos, como sí la llevan las partes; no obstante, sí constituye para él, un instrumento que debe emplear para direccionar la litis en materia probatoria y como criterio que coadyuva a la construcción de la convicción necesaria para imprimirle un sentido al fallo, buscando sin lugar a dudas una verdad más formal que real.

La finalidad de la carga de la prueba se puede sintetizar en dos aspectos y se desprende de la definición ya citada. El primero se refiere al papel orientador que le indica a las partes la necesidad de que alcancen el resultado o consecuencia jurídica que desean obtener, ya que, en el caso de no realizar un despliegue correcto de la actividad probatoria obtendrán una decisión adversa. El segundo hace referencia a la posibilidad que tiene el juez para fallar en contra de la parte que ha incumplido con la carga de probar los hechos objeto de litigio.

La prueba como sustento de una decisión judicial justa, se erige necesariamente en un derecho de las partes implicadas en el proceso; derecho que además permite la materialización efectiva de otros derechos como el de defensa y contradicción, elemento integrador del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución. En tal hilar de ideas, en lo subsiguiente se hará una alusión somera al debido proceso en cada uno de sus elementos, entre ellos el derecho de defensa y contradicción, para terminar, presentando lo que es el derecho a la prueba.

El debido proceso es un principio de orden constitucional y un derecho de contenido múltiple, que se predica de todas las actuaciones judiciales y administrativas. Deviene de la moderna corriente garantista del derecho y consiste en el respeto de todas las prerrogativas, que tienen todos los individuos en todo proceso por concesión del ordenamiento jurídico. Su trasfondo inspirador es la correcta concreción de las aspiraciones de justicia propias de cada proceso y/o procedimiento judicial y administrativo.

El debido proceso, como principio y derecho, importa a todo proceso judicial y actuación administrativa, el imperativo deber de su observancia. Como principio guarda la estructura de mandato-criterio de optimización, regulación y armonización; lo que impone ser aplicado en la mayor medida posible. Como

derecho plantea unas exigencias concretas que en el caso de no cumplirse pueden acarrear nulidades.

En 2013, la Corte Constitucional en sentencia C-248 estableció que son elementos integradores del debido proceso los siguientes:

> a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) imparcialidad del juez o funcionario. (Corte Constitucional, 2013, p.25)

De tal manera que un proceso llevado en la forma debida, es decir, un proceso judicial respetuoso integralmente del principio-derecho del debido proceso debe presentar, transversal y permanentemente, todos y cada uno de los elementos acuñados por la Corte Constitucional, los cuales no tienen más origen que el propio tenor literal de la cláusula general del debido proceso contenida en el artículo 29 de la Constitución Política que dispone lo siguiente:

> ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
> Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
> Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Groso modo se presentan los elementos del debido proceso agrupados en virtud de la interdependencia que guardan entre sí.

La administración óptima de la justicia se da gracias al reconocimiento y respeto de un juez predeterminado que sea autónomo e imparcial. El principio de derecho a tener un juez natural constituye un elemento fundamental en el debido proceso, prohibiéndose la creación de tribunales excepcionales o transitorios, por lo cual se limitan los juicios a jurisdicciones tradicionales y preestablecidas. De ese modo, plantea la exigencia de que el juez o funcionario que administre justicia en las causas llevadas a su conocimiento sea un juez o órgano de los que integran la jurisdicción

ordinaria, sin perjuicio de que estas puedan corresponderle a otra jurisdicción, lo que implica la garantía de que el juicio sea efectuado con independencia de las personas o instituciones que posean intereses implicados en la controversia, por lo que constituye también una medida tendiente a garantizar la integridad de la imparcialidad judicial desde el momento inicial del proceso hasta su terminación.

El juez deberá ser además imparcial y autónomo o independiente. Esta exigencia del debido proceso constitucional está también consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual dispone en su artículo octavo que:"... toda persona tiene derecho a hablar y ser oído por un juez independiente e imparcial, con el fin de determinar sus derechos y obligaciones de cualquier orden". La anterior es una garantía necesaria para asegurar la justicia y rectitud de la actuación del funcionario que administra justicia, puesto que se exige de este que permanezca al margen de los intereses de las partes y se limite a los elementos de juicio, a las pruebas y a su sana crítica para dirigir el proceso y arribar a una decisión.

Sobre este punto es necesario aclarar o conciliar algunas situaciones sobre el papel del juez dentro de la litis que a priori parecen excluyentes. De un lado, se encuentra la exigencia de imparcialidad e independencia y, del otro lado, que en su actuar el juez no puede ser indiferente de manera absoluta, ya que indudablemente se encuentra inmerso en la realidad de cada una de las partes y en la controversia que estas han llevado al proceso judicial, en la cual debe administrar justicia. De ahí que el juez a la hora de juzgar debe reconocer valores propios de la justicia y asumir un papel si bien normador, también humanizado, en el que no pase inadvertida su conciencia y los escenarios fácticos que presenta cada caso en concreto. El deber de administrar justicia impone al juez dar la razón a quien, no solo en derecho sino también de hecho, la tiene.

La igualdad procesal es una noción y un derecho integrado al debido proceso, derivado de su consagración constitucional como derecho fundamental; de ese modo constituye la matriz de la cual surge el deber de imparcialidad que tienen los administradores de justicia, pues como autoridades en ejercicio de una función pública están instituidos para el cumplimiento de los fines del Estado y la protección de los derechos fundamentales.

La consignación que hacen en conjunto las disposiciones constitucionales de los artículos 228 y 229 constituyen el presupuesto que da origen a la regulación jurídica actual del derecho a la jurisdicción y acceso a la justicia como elemento integrador del debido proceso. Los apartados señalados instituyen a la administración de justicia como una función pública y, así mismo, al acceso a la prestación de los servicios que esta ofrece como un derecho garantizado de toda persona.

Al hablar de jurisdicción debe entenderse por ella mucho más que la mera forma de clasificar los ramos en que ejerce sus poderes la rama judicial; "las justicias" ordinaria, constitucional, contenciosa administrativa y las especiales objetivamente

hablando solo son ámbitos donde el Estado colombiano, en cabeza de la rama judicial del poder público, ejercen la facultad de administrar justicia, de decir cómo se objetiva el derecho al definir con carácter definitivo los asuntos de relevancia jurídica que se susciten entre los gobernados; esto último resulta ser en esencia el ejercicio de la jurisdicción que es entonces la facultad que posee el Estado de administrar justicia, la cual deviene de la soberanía y de la legitimidad que este ostenta.

Todas las personas tienen derecho a que el Estado ejerza la facultad de administrar justicia en la forma de función pública en las causas que sean o bien, llevadas a su conocimiento sea por conducto de los mecanismos judiciales dispuestos para ello, o cuando oficiosamente este asume su conocimiento. Tal derecho, el de la jurisdicción o derecho a la administración de justicia por el Estado, se materializa con garantías de acceso al servicio para las personas, entendido este más allá de la mera posibilidad de accionar para que se abra un proceso judicial en el que se ventilen los intereses de quien lo promueve y de quienes hayan sido vinculados con el ejercicio de la acción. Bajo esta óptica, el acceso incluye también el derecho a recibir un servicio de justicia prestado con estándares óptimos y satisfactorios de calidad.

Vinculado a lo expuesto hace parte también del debido proceso, como lo manifestó la Corte Constitucional, el derecho a un proceso público y de duración razonable, lo que equivale a contar con un proceso judicial caracterizado por la transparencia y lo expedito de su avance, en el que existan herramientas procesales que, lejos de imponer trabas y requisitos injustificados a los usuarios del sistema, constituyan una senda de fácil andanza, al margen de las dilaciones injustificadas y del exceso de formalismo exigido en los procedimientos; esto último es lo que conduce a la lentitud del sistema y ocasiona una situación a todas luces vulnerante del debido proceso como es que los procesos y actuaciones judiciales y/o administrativas estén llamados a surtirse en un tiempo que desborda cualquier término razonable.

El término defensa hace referencia en un contexto general a un mecanismo de blindaje o protección al que apela alguien ante las agresiones externas. En el escenario jurídico, por excelencia el proceso judicial, la cuestión toma un viraje similar. El proceso judicial es un escenario convocante de dos partes, pero gestado por una de ellas, que presentan entre sí un conflicto de intereses originado en un hecho o relación que por su naturaleza tiene importancia jurídica. Por ello, constituye un campo de contradicción que implica la contienda de los intereses de cada una de las partes, las cuales mediante el uso de los recursos que la ley provee, propenden por dar mérito a sus pretensiones, y por protegerlas, atacando de ese modo las de la parte contraria, dado que el resultado del proceso indudablemente conlleva a que el conflicto de intereses termine con el reconocimiento de los intereses de alguna de las partes en perjuicio de los de la otra. Aquí radica la importancia respecto a que estas dispongan de la posibilidad de defenderse, pues de otro modo los intereses en

debate de alguna de las partes se verían arbitrariamente expuestos a la imposibilidad de prosperar.

Defenderse dentro de un proceso judicial, o en cualquier actuación administrativa en la que se vean incursos los intereses de alguien, es una garantía del debido proceso otorgada a toda persona.

La Corte Constitucional, en sentencia C-025 de 2009, ha definido el derecho de defensa como:

(...) la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. (Corte Constitucional, 2009, p.20)

Derecho a la observancia de los ritos o formas propios de cada juicio, como parte también del debido proceso, aunque no fue especificado en la sentencia C-248 de 2013, está el respeto por el operador judicial de los ritos y formas propios de cada juicio, esto como control a la actividad de dirección que ejerce el juez del proceso, que jamás puede desbordar las precisiones que en materia de procedimientos ha hecho la ley, como criterio vinculado también a la noción de legalidad y de seguridad jurídica.

El establecimiento de los ritos y las formas de los juicios y los procesos está en cabeza del legislador, como lo ha reiterado en la sentencia C-034 de 2014, la Corte Constitucional, al afirmar que:

Corresponde al Legislador el desarrollo del debido proceso, mediante la definición legal de las normas que estructuran los procedimientos judiciales y administrativos, ámbito en el que le corresponde establecer su objeto, etapas, términos, recursos, y demás elementos propios de cada actuación. (Corte Constitucional, 2014, p. 27)

De igual modo, en la sentencia C-248 de 2013, la Corte Constitucional ha definido el derecho al debido proceso de la siguiente manera:

Conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. (Corte Constitucional, 2013, p.24)

Este imprime un deber ser al proceso y a la actuación de cada una de las partes e intervinientes en él, partiendo de la imposición de unas calidades al juez y de unas características fundamentales del proceso radicadas en lo axiológico, ya que concreta principios y valores del Estado social, pero también en su aspecto formal.

El derecho a la prueba, como se anunció, el derecho a la prueba es uno de los pilares básicos a través del cual se ejercita el derecho de defensa. No en vano se plantea desde la doctrina que dentro del proceso judicial "las partes se defienden probando" y goza de gran acierto este razonamiento, pues no hay otra forma con la potencialidad para desvirtuar un hecho o afirmación adversa a los intereses de una de las partes, en el proceso, sino probar el supuesto que desestime en todo o en parte tales hechos o afirmaciones. Así como es un pilar a la base del cual se concreta el derecho a la defensa, el derecho a la prueba es indispensable para poder concretar la exigencia que le plantea la ley al juez de basar su decisión en la prueba. Este derecho implica la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que la contraparte allegue al proceso, tal cual como se desprende de la lectura del artículo 29 constitucional. No obstante, la envergadura de este derecho transciende tal entendimiento, pues la legislación actual en materia probatoria ha moldeado el derecho a la prueba para sobreponer que además incluye el derecho a que la otra parte la desahogue, tal como lo expone Parra Quijano (2006). Este último contenido esencial del derecho a la prueba tiene respaldo en dos principios: por un lado, el de obtención coactiva de la prueba por el juez, concretamente en su esfera u órbita de realización, **pues le permite al funcionario judicial imponerle de manera forzada a una de las partes que desahogue la prueba y perseguirla, haciendo uso de sus poderes** y, por otra parte, en el de solidaridad de la prueba, el cual está basado en el valor constitucional de solidaridad de las personas que integran el Estado social, que le da sustento jurídico - filosófico a la posibilidad de que cualquiera de las partes desahogue la prueba que a la contraparte le sirve como sustento de su defensa.

Se tiene así, que el derecho a la prueba es la prerrogativa cuyo origen está en el debido proceso que le permite a cualquier persona implicada en un proceso judicial, defender sus intereses haciendo uso de los medios de prueba establecidos en la ley, sea trayendo al litigio los hechos que sirven a sus pretensiones, solicitando que la contraparte traiga al proceso tales hechos, o desvirtuando los hechos traídos al litigio por la contraparte que sean adversos a sus pretensiones, incorporando así hechos nuevos. **Pero el derecho no se agota ahí, para que sea efectivo debe contar con los instrumentos que lo permitan, que se refieren a los deberes que posee el funcionario judicial, que le imponen realizar el decreto, la práctica y valoración de la prueba, regular y oportunamente solicitada y/o aportada.**

La prueba es el presupuesto que debe fundamentar, una vez agotado el proceso y creada por el juez la convicción necesaria, la providencia o sentencia que define la situación sometida a la litis y las responsabilidades a las que haya lugar. Esto dado que es imperativo que el fallador tenga en cuenta, para el efecto de darle el sentido a su decisión, el acervo probatorio y la verdad construida a partir de él. Es un deber y una exigencia que la ley le hace al operador de la justicia.

La idea principal a tener en cuenta para entender lo que es la legitimación, es la idea de cualificación. Por ello, cuando en un procedimiento actúa quien tenga, sea por ley sustancial o procesal o por un derecho adquirido, la facultad para ello, se dice que tiene legitimación. Por otra parte, la cualidad en virtud de la cual una pretensión o solicitud puede y debe ser ejercitada es el interés, pues de ese modo se activa la posibilidad de perseguir judicialmente una pretensión. *Se tiene, entonces, que la legitimación es el conducto a través del cual se puede actuar en un proceso judicial, por lo tanto, no tener legitimación equivale a no tener la potencialidad para actuar en este. La legitimación también hace referencia a una determinada relación de los sujetos con la situación que se ventila en el proceso, tal relación hace alusión al elemento central del interés.*

En cuanto a lo anterior, hablar de legitimación para probar es tanto como establecer quién es la parte dentro del proceso que puede y/o debe pedir una prueba; por ello, la legitimación hace parte de la fase peticionaria del procedimiento para probar un hecho o premisa. Así, esta noción va de la mano procesalmente hablando, con la cuestión de a quién, en qué momento y de qué forma se debe pedir la prueba. El interrogante de quién debe probar es pues un derrotero fundamental en materia probatoria.

Íntimamente ligada al concepto de interés, la legitimación para probar por excelencia la poseen las partes cuyos derechos y pretensiones se controvierten dentro del proceso. Desde esa óptica la legitimación está arraigada a estas, no obstante, la legislación procesal en la mixtura de sistemas que presenta -dispositivo e inquisitivo- ha dado al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio, así como facultades relativas a la distribución de las cargas probatorias que han venido a cambiar su papel en el proceso. Esto se da en beneficio de la verdad y, porque, el juez debe perseguir, con apoyo en las mencionadas facultades, un interés en el proceso el cual abandera con su actuar, cuando tiene la iniciativa de decretar pruebas oficiosamente, pese a no ser en estricto sentido una parte, así, es la justicia su interés.

Cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución justa de la litis, pero la parte a la que tal hecho le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en condiciones para probarlo y por el contrario, la otra parte cuenta con mejores elementos para el efecto; el juez puede aislarse de las reglas del onus probandi estático, que indican que quien alega un hecho debe probarlo, para vincular la actividad probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las reglas del onus probandi dinámico o de la carga dinámica de la prueba.

Lo anterior tiene su origen legal en lo dispuesto en el artículo 167 inciso 2 del Código General del Proceso que tiene aplicación en asuntos de naturaleza civil, comercial,

de familia y agraria, y subsidiariamente, en otros asuntos jurisdiccionales y actuaciones administrativas cuando estos no se encuentren regulados en otras leyes, en lo que tiene que ver con la actividad procesal.

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 el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código [...]

Al tenor de la disposición transcrita, se dejan atrás en el sistema procesal y de justicia colombiano las reglas férreas e inflexibles de origen romano que han caracterizado el manejo judicial de la carga de la prueba, en las que: i) onus probando incumbit actori (incumbe probar al demandante); ii) reus in exceptione fit actor (cuando el demandado propone excepciones debe probar); y, iii) actore non probante, reus absolvitur (si el actor no prueba, absuélvase al demandado); para pasar a un sistema en el que en principio y guardando coherencia con las reglas tradicionales, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, pero que posteriormente, le otorga la posibilidad al juez, que en atención a las particularidades del caso, distribuya entre las partes la carga de la prueba, lo que puede implicar su traslación total o parcial, sea en el momento de realizar el decreto de estas o durante su práctica o en cualquier otro momento antes que se dicte sentencia.

El ingrediente normativo sin el cual no es posible que el juez apele a la distribución de la carga probatoria, es indudablemente, que la parte a la que se le impone la carga o exigencia de probar se encuentre en una situación más favorable para aportar la prueba en cuestión, de manera que esta situación que, según la norma, se puede configurar en varias hipótesis de hecho, merece ser analizada.

El legislador, a través del artículo 167 del Código General del Proceso, anunció aquellos casos en que una parte se considera en mejor posición para probar

concluyendo sin mayores precisiones, que una parte está 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
- Por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte
- Entre otras circunstancias similares

Estas son las hipótesis de hecho que conforme a la definición legal del artículo 167 integran el concepto de mejor posición para probar. En alguna de ellas, se debe encontrar respecto de la prueba la parte a la que se le grave, con la responsabilidad de desahogarla, a través de la distribución hecha por el juez. La verificación de la mejor posición para probar habilita al juez para hacer uso de su facultad de distribución de la carga de la prueba. Como condición exigida, para que proceda la aplicación de la carga de la prueba en su modalidad dinámica, produce que esta sea una regla de aplicación excepcional sujeta a la verificación en el caso concreto de alguna de las hipótesis de hecho que dan lugar a que una de las partes sea considerada por el juez en mejor posición para desahogar la prueba.

La forma como reguló el legislador, en la Ley 1564 de 2012, lo que tiene que ver con las modalidades de carga probatoria aplicables constituye una novedad generadora de un cambio de hondo calado en el paradigma probatorio colombiano. Por esa razón, luego de acotar los presupuestos conceptuales, axiológicos, misionales de la modalidad de carga probatoria dinámica, se estima conveniente emprender un análisis crítico alrededor de esta regla de juicio y sus efectos en relación con el principio-derecho al debido proceso, con lo que adquiere tal propósito una dimensión de análisis de orden constitucional, así, se apoya principalmente en las interpretaciones que de la Carta Política ha desarrollado la Corte Constitucional. Al pretender, con un poco de osadía, entrar a indagar la intención que debe prevalecer en la labor legislativa a la luz del entendido que toda disposición, figura e institución legal y, desde luego de cualquier otro orden que tenga vigencia en el ordenamiento jurídico, debe soportar el análisis de constitucionalidad que de ella se haga. La labor emprendida a continuación incluye el rastreo y análisis de algunos de los aspectos en torno a la regla de carga dinámica de la prueba que, por su naturaleza, de no ser tratados con guantes de seda, pueden enarbolar fuertes pugnas con los presupuestos y prerrogativas del derecho a la igualdad; en caso de evidenciarse la vulneración de la igualdad procesal de las partes incursas en el proceso dada la creación de un privilegio procesal.

Como se indicó en renglones anteriores, uno de los propósitos fundamentales para los que el legislador incluyó la posibilidad de aplicación de la modalidad de la carga dinámica de la prueba fue para reforzar, en lo referente al manejo judicial y procesal

de la prueba, el valor y el derecho de la igualdad constitucional, al lado de la protección de la efectividad de los derechos sustanciales de las partes involucradas en el proceso. Estos son, entonces, dos presupuestos en conjunto del sustento axiológico que, según la exposición de motivos del Código General del Proceso, posee la nueva regulación que se le ha dado a este asunto. No obstante, lo dicho, el problema de investigación que se intenta solventar incluye paradójicamente el interrogante de si con la aplicación de la regla de dinamismo de la carga de la prueba se menoscaba la igualdad procesal.

La justificación que da origen a la medida es la existencia de procesos judiciales en los que, a causa de situaciones diversas, se presentan entre las partes serios desequilibrios en el tema de la prueba, cuando se impone a cada una de ellas probar *estrictu sensu* lo que alegan. Ante tal situación de desequilibrio procesal en el que se le está dando un trato igual a situaciones diversas, se justifica la diferenciación de trato instituida a través de la norma, que en reconocimiento de ella intenta evitar la perpetuidad del desequilibrio resguardando de ese modo el derecho a la igualdad que tienen las partes. Como se verá, la justificación así entendida no basta para satisfacer el propósito comentado, pues apenas se tiene que existe una justificación para la medida, se analiza a continuación si tal justificación es objetiva y razonable.

Desde dos perspectivas se estudia la objetividad de la justificación expuesta. La primera es una óptica genérica, en la que se analiza la finalidad a la que sirve, es decir, al resguardo que proporciona que va dirigido a los derechos fundamentales en general y a la justicia, y en ese sentido, sirve es a la concreción del Estado social. Aquí se agota este análisis en el entendido que desde el punto de vista de la finalidad a la que sirve, la existencia de situaciones en el marco de un proceso judicial en las que se presentan contingencias altamente consumables de desequilibrio entre las partes, es una justificación objetiva para que el legislador haya dotado al ordenamiento jurídico de un medio para corregir los desaciertos judiciales que pueden presentarse por la aplicación de reglas mecanicistas y tradicionales sobre carga de la prueba. Con esta regla se persigue un interés general y legítimo que trasciende la esfera de los derechos individuales y busca el garantismo procesal, en esa media el fin al que sirve hace que la justificación sea objetiva.

La segunda es una óptica de análisis individualista. Aquí, se consulta propiamente la objetividad de la justificación en relación con cada caso en particular, ya no desde el punto de vista de la finalidad a la que sirve, sino del grado de certeza que ofrece la norma de que una situación que amerita del trato diferenciador (justificación) efectivamente se presente, es decir, que en el caso en concreto en el que se pretenda apelar por el juez a la distribución de las cargas probatorias, realmente exista una situación en la que haya un desequilibrio entre las partes y que tal desequilibrio amerite la dación al asunto de un trato desigual. Este asunto merece mayores consideraciones pues aquí radica la vulneración al derecho a la igualdad

que se viene anticipando, pues se considera que desde esta perspectiva la justificación en que se funda la regla de carga dinámica de la prueba como medida de diferenciación, carece de objetividad.

El legislador ha considerado erróneamente que la verificación de alguna de las hipótesis de hecho que integran el concepto de mejor posición para probar da -por sí sola- lugar válidamente a que proceda la distribución de las cargas probatorias, no siendo así. Cuando la intención de la norma es atender a los desequilibrios que puedan existir entre las partes debe asegurarse de recaer sobre una situación en la que efectivamente existan tales desequilibrios, pero las hipótesis de hecho aludidas no prestan tal seguridad. Una cosa es que una de las partes esté 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 el estado de indefensión o de incapacidad en el cual se encuentre la contraparte ; y otra cosa, bien distinta, es que efectivamente la existencia de alguna de tales circunstancias en el caso concreto ocasione un desequilibrio y que este sea de tal entidad que justifique la aplicación de la regla de carga dinámica de la prueba, es decir, de la medida de diferenciación. Se tiene entonces que la norma carece de instrumentos para determinar si cuando una de las partes se encuentra en mejor posición para probar en realidad existe una situación de desequilibrio entre estas. ***Esto en razón a que está sola condición no implica, ipso facto, la existencia del desequilibrio, y aun demostrado tal desequilibrio, tampoco implica que sea suficiente para justificar la diferenciación. Con esto se estima que la justificación (existencia de situaciones de desequilibrio entre las partes en materia probatoria) aunque posible en la práctica judicial y, por lo tanto, objetiva a la luz de un razonamiento general para la protección de los derechos fundamentales, no asegura su objetividad tratándose de su aplicación a los casos particulares y concretos, dado que no se exige un grado de certeza respecto del desequilibrio y de su dimensión para así determinar, con Habilidad, que no se está imponiendo un trato desigual injustificadamente.***

Sumado a que como se advirtió, es un análisis anterior, que involucra la conciencia del operador judicial y los raciocinios que estime conveniente realizar conforme a la realidad particular y concreta de las partes involucradas en la litis, aquí, sin embargo, vale decir que el requisito se cumple cuando exista una relación de proporcionalidad y racionalidad entre: (i) la justificación objetiva y razonable, sobre el establecimiento del trato diferenciador, autorizado por el artículo 167 del Código General del Proceso, referido que es la existencia de una situación de desequilibrio real y efectivo en el caso concreto al cual se aplica y en virtud del cual sea determinante el establecimiento de tal trato ante la inminencia de afectación de derechos; (ii) los hechos, que dependen de la situación en concreto y finalmente, (iii) el fin que se persigue, constitucionalmente legítimo y que constituye el de la protección de la

igualdad material a que tiene derecho toda persona, más la máxima de que la verdad sea vinculada efectivamente al proceso.

Cabe aclarar que la racionalidad se refiere a la coherencia que debe existir entre estos elementos, que vinculados por preceptos lógicos y no contradictorios además respondan al sentido común y a la razón. Mientras que la proporcionalidad sea fundada sobre la base de que entre estos elementos exista una relación armónica que, sin menoscabar la importancia de algunos de ellos, eleve la resonancia de alguno otro cuando la equidad lo haga imperioso.

Deben, además, incorporarse unos criterios generales que aterricen la labor del juez y den certeza que exista efectivamente una situación vulnerante del equilibrio procesal. Tales criterios no pueden ser aislados y sacados de ningún lugar. Los principios que aseguran tal estándar de certeza se sustraen de la Sentencia T-352 de 1997 en donde la Corte manifestó que:

Para que una medida que establece un trato diferenciado en virtud de uno de los criterios constitucionalmente "sospechosos" supere el juicio de igualdad (...) se requiere que se verifiquen los siguientes requisitos: (1) que persiga un objetivo constitucionalmente imperioso; (2) que obren datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida; (3) que es indispensable para alcanzar tal propósito; (4) que el beneficio que se busca obtener es mayor que el daño que causa; y (5) que el trato diferenciado se ajusta al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas involucrados. Si una medida de la naturaleza de la que se estudia, no cumple alguna de estas condiciones, compromete el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. (Corte Constitucional, 1997, p.11)

La carga de la prueba es una noción procesal que implica una regla de juicio que le indica a las partes ya no la autorresponsabilidad para que aparezcan demostrados los hechos que sirven de sustento a la norma jurídica cuya aplicación invocan, dado que la noción así entendida se circunscribe a la mera acepción de la carga de la prueba estática; sino, la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas, cuya aplicación se reclama en el proceso, aparezcan demostrados o desvirtuados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar a la luz del acervo probatorio constituido. En el entendido que este concepto también incluye la noción de carga de la prueba en su modalidad dinámica.

La carga de la prueba por su parte es una regla de juicio a través de la cual el juez puede distribuir entre las partes la responsabilidad en forma de carga, de probar los hechos en atención a las particularidades de cada caso y fijar tal responsabilidad a la parte a la que le quede más fácil acreditar el hecho por estar en mejores condiciones para hacerlo, en contraste con la extrema dificultad en la que se halla la contraparte.

Con la entrada en vigencia de la ley 1564 del 2012 se establece la modalidad de carga probatoria en el ordenamiento jurídico colombiano de lleno, como un intento de la nueva legislación por coadyuvar en la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva. Este presupuesto constituye, junto con la obtención de la igualdad real y material entre las partes, el sustento jurídico y axiológico para que la figura de la carga de la prueba dinámica se haya hecho un lugar en la ley.

La igualdad procesal puede vulnerarse con la creación por el legislador de beneficios a favor de una de las partes involucradas en el proceso, o con la fijación de cargas o situaciones que agraven la posición de estas sin el fundamento suficiente, de manera que un trato diferencial debe estar plenamente justificado.

Ha dicho la Corte Constitucional en sus sentencias que es válidamente procedente un trato desigual en aplicación del contenido del artículo 13 de la Constitución Política, cuando haya respaldo de una justificación objetiva y razonable.

El debido proceso es vulnerado en su elemento de igualdad con la aplicación de la regla en las condiciones normativas en las que actualmente se encuentra. Para comprender el concepto de la vulneración que se alega, hay que tener en cuenta que su óbice no se halla en la regla de la carga dinámica en sí misma considerada, pues se reitera que con su aplicación se persigue la efectividad de la igualdad material y el aseguramiento de la prevalencia de los derechos contenidos en normas de derecho sustancial y, por lo tanto, la regla es constitucional considerada en su espíritu y los fines que persigue. Luego, no es que la posibilidad para que el juez pueda distribuir las cargas probatorias sea una facultad que a priori se pueda considerar como violatoria de la igualdad.

Empero, el punto crítico del que se verifica y se desprende el concepto de vulneración a la igualdad, es la forma como fue consagrada positivamente la aplicación de esta regla en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Con respecto a lo anterior, en primer lugar, debe considerarse que se constituyó propiamente, a efectos de resguardar la igualdad, un trato diferencial equitativo de origen legal que viabiliza el paso una regla inspirada en el principio de igualdad de las partes, la cual exige a estas que prueben el supuesto de hecho que sirve de sustento a las normas cuya aplicación están invocando. En segundo lugar, existe la posibilidad de sustraerse de la condición de igualdad formal e imponer el beneficio a favor de una de las partes, en los casos en que la otra se encuentre en mejor posición para probar, de tal modo que se realice una distribución de las cargas probatorias por parte del juez, con el fin de restituir la igualdad material y superar la situación de desequilibrio existente.

Sin embargo, esta medida, debe tener su base en una justificación objetiva y razonable, pues de otro modo se estima como un tratamiento diferenciador vulnerante del derecho a la igualdad, examen que la norma aludida no aprueba.

Una justificación para aplicar los presupuestos de carga dinámica de la prueba es, propiamente, la existencia una situación que amerita un trato diferenciador, y que está contrariamente recibiendo un tratamiento igual en aplicación de la regla tradicional y estática de carga probatoria. Esto puede darse debido a que existe un desequilibrio entre las partes y este es de tal envergadura que exige que se distribuyan las cargas probatorias a efecto de garantizar un derecho de defensa ejercido en igualdad de condiciones. Tal justificación se estima objetiva solo en la medida en que para el caso concreto efectivamente se presente; sin embargo, la norma no garantiza esto, puesto que, confía la objetividad de la justificación al juez y para ello le otorga unos criterios que no ofrecen grado de certeza alguno para valorar si la situación de desequilibrio, efectivamente se concrete en un caso particular y, si aún concretada, que el desequilibrio sea tal que amerite el trato diferenciado.

En el sistema jurídico no deben existir normas que permitan la violación de derechos, sino que el legislador debe desarrollar su labor, siempre dando garantía de la supremacía del orden constitucional, pues la seguridad jurídica reivindica y demanda que el ordenamiento esté protegido de decisiones con contenido arbitrario. No obstante, la declaratoria de inexequibilidad de una norma como esta, constituiría un vacío jurídico, pues a eso equivaldría sacar del ordenamiento las garantías que esta establece. Por lo tanto, esto no es viable dado que la sociedad actual reclama unas instituciones jurídicas actualizadas y comprensivas en la mayor medida posible de todas las relaciones humanas.

Ante la situación expuesta, se propone la modulación de la norma a través de la incorporación de principios que otorguen criterios de aplicación de la regla de carga dinámica de la prueba, que aseguren que esta se dé solo cuando se logre establecer la existencia de una justificación suficiente y objetiva, y que no permitan que por una interpretación dejada al juez se desdibuje el sentido de la figura y se le dé una aplicación vulneradora de la igualdad.

Entre los criterios propuestos están: (I) Existencia real y efectiva de un desequilibrio que amerita la medida de diferenciación para evitar la afectación de derechos, en virtud del cual el juez debe realizar un estudio en rigor de la situación de cada una de las partes e incluso para efectos de crear su convicción, respecto a que la aplicación de la medida es imperiosa y puede, sin exceder los límites de la razonabilidad, exigir que la parte acredite que no tiene otro mecanismo de defensa más que la distribución de las cargas; y (II) Proporcionalidad entre el desequilibrio existente y la diferenciación establecida, en atención al cual se debe dar al juez la posibilidad de interrogar exhaustivamente a las partes, a fin de hallar la justa intensidad de la diferenciación, la cuota óptima de distribución. Y se le debe imponer también la exigencia de que motive ampliamente la decisión que adopte de distribuir las cargas, cuando se profiera como consecuencia de su iniciativa oficiosa o cuando se profiera como consecuencia de la solicitud de parte. A esta misma exigencia

deberá estar sometida la decisión que niegue la solicitud de distribución de las cargas probatorias.

Los criterios plantean una suerte de exigencias al operador judicial para poder aplicar la regla, y permiten la conciliación de la obligación simultánea de administrar justicia y de procurar llegar a ella con respeto pleno al debido proceso.

Por lo anteriormente expuesto solicito se decrete el desistimiento tácito ordenado por su despacho en el auto del auto del siete (07) de abril de dos mil veintidós (2.022), mediante el cual se le otorgo al extremo activo la carga procesal de notificar al extremo pasivo, en razón que desde la fecha del mencionado auto que vencía el veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2.022), a la fecha presente, veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2.023), tiene más de cuatrocientos cincuenta (450) días, es decir más de un (01) año sin que haya cumplido con la carga procesal de notificar personalmente a la demandada, toda vez que el acto de notificación fue declarado NULO por el alto Tribunal, en tal sentido, solicito reponga el auto del dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2.023), fijado en el estado del diecisiete (17) de agosto del hogaño, y en su lugar imponga la sanción por no realizar la carga de la prueba que le impuso el Auto de fecha siete (07) de abril de dos mil veintidós (2.022), ordenando el desistimiento tácito.

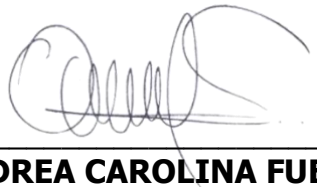
Sustento la anterior petición basado en los criterios jurisprudenciales y doctrinales como;

1. PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 15. ed. Bogotá: ABC, 2006. 841 p.
2. ECHANDIA, Hernando Devis. Teoría General de la prueba judicial. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1972. 780 p
3. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2010.C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-248 del 14 de abril de 2013. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 del 27 de enero de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 del 28 de marzo de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-665 del 12 de noviembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992. M.P Alejandro Martínez Caballero.
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1026 del 26 septiembre de 2001. M.P Eduardo Montealegre Lynett.
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-352 del 30 de julio de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-835 del 20 de noviembre de 2013.M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Del señor Juez.

Sin otro particular, se suscribe.



ANDREA CAROLINA FUENTES SAAVEDRA
C.C. No. 1.098.666.396 de Bucaramanga
T.P. No. 380.736 del C. S. de la J.