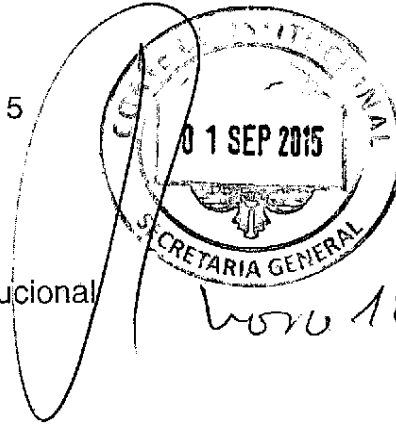




Bogotá 1 de septiembre de 2015

Honorable Magistrado  
**Jorge Iván Palacio Palacio**  
Magistrado de la Corte Constitucional  
Ciudad  
E. S. D.



**COPIA**

ASUNTO Escrito de intervención en la Acción pública de inconstitucionalidad parcial en demanda contra del Artículo 167 (parcial) de la Ley 1.564 de 2.012. (Demandantes: Alejandro José Peñarredonda Franco y Helena Carolina Peñarredonda Franco. Expediente No. D- 10902.

FREDY HERNANDO TOSCANO LÓPEZ, con c.c No. 79.991.882 de Bogotá, actuando en calidad de profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, comparezco a pronunciarme sobre la demanda de la referencia y solicito que se declare EXEQUIBLE la expresión demandada, esto es que “el juez *podrá* de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas...”, la cual está contenida en el Artículo 167 de la Ley 1.564 de 2.012.

**I. Examen sobre el cumplimiento de los requisitos formales del Artículo 2º del Decreto 2067 de 1.991**

Los requisitos formales indicados por esta norma para la admisión de la demanda, esto es: i) el señalamiento de las normas acusadas; ii) su transcripción literal; iii) la indicación de las normas constitucionales infringidas; iv) las razones o cargos por las que se estiman violada la Constitución y v) la competencia de este alto tribunal, se encuentran satisfechos en la presente demanda.

En efecto, resulta claro que la acusación de inconstitucionalidad es *parcial* y se refiere al Artículo 167 inciso segundo de la Ley 1564 de 2.012 que establece que: “No obstante, según las particularidades del caso, el juez *podrá*, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas”. (Norma trascrita en el folio 2 de la demanda).

Las normas constitucionales que sirven de rasero al presente examen son,

norma acusada, se considera satisfecho porque los demandantes son claros en erigir un cargo único en contra de la norma procesal mencionada, que indica al juez que *podrá* según las particularidades del caso, distribuir la carga de la prueba, lo que en su criterio vulneraría los fines esenciales del Estado (Artículo 2 de la Constitución Política), el derecho fundamental al Debido Proceso (Artículo 29 de la Carta Política) y el acceso efectivo a la administración de justicia (Artículos 228 y 229 de la Carta).

El desarrollo argumentativo de este cargo único resulta acorde con el alcance señalado en la Sentencia C 131 de 1993 (MP. Alejandro Martínez Caballero) pues señala: “las razones por las cuales dichos textos (normas constitucionales) se estiman violados”, lo que supone un ineludible ejercicio argumentativo, que se justifica en la medida en que: *“allí se establecen unos requisitos mínimos razonables que buscan hacer más viable el derecho sin atentar en ningún momento contra su núcleo esencial”*. Adicionalmente, hasta la fecha no se ha demandado, ni ha habido pronunciamiento de la Corte Constitucional en relación con la norma que aquí se demanda (Artículo 167 de la Ley 1564 de 2012) por lo que no se presenta el fenómeno de cosa juzgada constitucional.

Por último, esta Corte es competente para decidir la demanda de inconstitucionalidad aquí planteada habida cuenta que según el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política, es función de la Corte Constitucional, decidir sobre este tipo de demandas dirigidas contra los Decretos con fuerza de ley expedidos por el Gobierno.

## **II. Cargo único en contra de la norma demandada**

Los demandantes afirman que la norma procesal demandada (Artículo 167 inciso segundo de la Ley 1564 de 2.012) vulnera el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia al establecer que: “No obstante, según las particularidades del caso, el juez *podrá*, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas”.

Lo anterior está fundado en la siguiente cadena argumentativa:



- i) Que la Carta Política establece el derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia,
- ii) Que el contenido de este derecho obliga a los jueces a promover de la igualdad entre las partes en el proceso,
- iii) Que el 'derecho a la prueba' (entendido como el derecho a aportar los medios necesarios para hacer valer el derecho sustancial alegado) es una manifestación concreta del derecho al debido proceso que debe imperar en el proceso judicial.

Por ende, argumentan los demandantes, que la existencia de una norma como la demandada que establece que el juez *podrá* distribuir la carga de la prueba, implica (en palabras de los demandantes) otorgar al juez una facultad y no una obligación para aplicar la carga dinámica de la prueba en un caso concreto. En tal sentido, (la ley) "no puede dejar a discrecionalidad del juez la toma de una decisión, cuando en virtud de los mandatos constitucionales, tal decisión es un proceder obligatorio" (Folio 11 de la demanda).

En conclusión, los demandantes acusan el texto normativo porque en lugar de otorgar al juez el *poder* de distribuir la carga de la prueba, debió haberse erigido un *deber* u obligación de hacerlo, pues lo primero vulneraría la Carta política.

### III. Concepto

Siguiendo el orden argumentativo de los demandantes, es posible afirmar que en efecto, la Carta Política establece el derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia y obliga a los jueces a promover de la igualdad entre las partes en el proceso, consagrando también el 'derecho a la prueba' como corolario del debido proceso y que a los efectos de garantizar estos postulados en los procesos judiciales, ha establecido la denominada 'carga dinámica de la prueba', también conocida como la 'distribución de la carga de la prueba' o flexibilización de la carga probatoria a través del texto legal demandado.

Sin embargo, la posibilidad de distribuir la carga de la prueba en razón de

i) Hacer uso de la prueba de oficio (Artículo 180 del CPC y 170 del CGP) a fin de paliar la duda en torno a las alegaciones de las partes, de manera que la dificultad para obtener el medio de prueba se superaría por mandato directo del juez, quien *podrá* ordenar su producción a pesar de que las partes no lo hubieren podido o querido aportar.

ii) Hacer derivar consecuencias probatorias lesivas en contra de la parte que falte a su deber de actuar con lealtad procesal en el proceso, de suerte que si una parte en inferioridad de condiciones frente a la prueba, le resulta extremadamente difícil acceder a un medio de prueba por la reticencia de la contraparte, el juez *podrá* derivar un indicio grave en contra de la parte desleal (Artículo 250 del CPC y 242 del CGP).

Como puede observarse, la así llamada carga dinámica de la prueba entra a complementar los dos (2) instrumentos procesales creados para garantizar el derecho a la prueba, aspirando a que el juez utilice de acuerdo con el caso concreto, aquel que resulte más eficaz.

Por ende, yerran los demandantes al considerar que frente a un caso de dificultad probatoria, el juez esté obligado a utilizar obligatoriamente la 'distribución de la carga de la prueba' para tratar de remediarla, por cuanto existen otros mecanismos que pueden conllevar mejores resultados para su consecución (esto es, la prueba de oficio o indicio grave en contra).

Así las cosas, la expresión *podrá* que se demanda en este caso, significa que el legislador ha habilitado al juez para que frente a un caso de dificultad probatoria, opte por dar aplicación a la 'distribución de la carga de la prueba', o a cualquiera de los instrumentos creados para remediar tal dificultad (como son la prueba de oficio, la posibilidad de deducir indicios graves en contra de la parte que actúa vulnerando la lealtad procesal).

Por ende, el legislador dentro de su libertad de configuración normativa, ha considerado que la distribución de la carga de la prueba es una *poder* porque es el



juez quien de acuerdo con las particularidades del caso puede determinar dentro de las facultades de dirección formal y material del proceso, cuál de ellos utilizar y por ende, no le es dado imponerlo por vía de obligación.

De otro lado, los demandantes parten de la idea equivocada de que la expresión *puede* contenida en la norma demandada, implica que el juez ha recibido por esta vía una facultad no reglada, o que puede acudir a ella a su antojo, lo que ciertamente constituiría una arbitrariedad no sólo indebida, sino proscrita en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, basta advertir que la misma norma indica de manera clara los criterios que le indican cuando debe utilizar la distribución de la carga de la prueba en un proceso particular, lo que pone de presente que no se trata de una habilitación para que la utilice 'arbitrariamente'. Por el contrario, el juez debe utilizarla sólo en caso de que la dificultad probatoria no se pueda superar por otra vía (como la prueba de oficio o la imposición de consecuencias probatorias a la conducta desleal de la contraparte) y siempre que advierta que se cumplen los criterios legales de cercanía con el material probatorio, tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales o el haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio o por estado de indefensión o incapacidad, entre otros.

#### **IV. Conclusión**

En virtud de lo antedicho, resulta claro que no existe vulneración al Debido Proceso ni al Acceso efectivo a la administración de justicia cuando el legislador estable en el inciso segundo del Artículo 167 de la Ley 1564 de 2.012, que la variación de la carga de la prueba *puede* ser utilizada por el juez según las circunstancias del caso, puesto que ello no significa que en caso de dificultad probatoria, el juez pueda dejar desprotegida a la parte que padece esta situación, sino que el juez *puede* optar por otros mecanismos de promoción de los mencionados Derechos fundamentales.

De otro lado, tampoco existe la metada vulneración a la carta política pues la distribución de la carga de la prueba no significa dar una habilitación para que el



**FREDY HERNANDO TOSCANO LÓPEZ**  
Profesor de la Universidad Externado de Colombia  
c.c No. 79.991.882 de Bogotá