



**Máster en
Razonamiento
Probatorio**

**Universitat de Girona
Centre d'Estudis de Postgrau**

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: La carga de la prueba en el CGP de Colombia.

Alumno/a: Ulises Canosa Suarez

Tutor/a: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Convocatoria Abril / 2022

TRABAJO FINAL DE MÁSTER

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CGP DE COLOMBIA

Índice

Introducción.....	3
I. Actividades o conductas procesales.....	6
II. Contexto histórico	8
III. Controversias sobre la carga de la prueba.....	19
IV. La carga de la prueba en el CGP	27
Conclusiones.....	35
Bibliografía.....	37

Resumen

La carga de la prueba es una institución jurídica universal que comprende dos aspectos fundamentales: es una regla de conducta para las partes que responde a la pregunta ¿quién debe probar?; y es una regla de juicio para el juez, que indica ¿contra quién decidir? en caso de no encontrarse prueba de los fundamentos fácticos.

El objetivo del presente trabajo consiste en revisar las controversias sobre la carga de la prueba y su regulación en el artículo 167 del CGP de Colombia del año 2012. Para el efecto, se parte de la exposición de las diferentes actividades o conductas que desarrollan la relación jurídica procesal, para luego examinar el contexto histórico, desde la antigüedad hasta nuestros días, que explica por qué quien afirma un hecho debe demostrarlo y, sobre esta base, estudiar las polémicas actuales que sugieren la eliminación total o parcial de la carga de la prueba y cuestionan la posibilidad para el juez de exigir la prueba, según las particularidades del caso, a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportarla.

Palabras clave: Carga de la prueba, carga dinámica

Abstract

The burden of proof is an universal law institution that includes two fundamental aspects: first, it is a parties rule behavior that answers the question of who has to prove; and second, it is a judge's interpretation rule to know against who decides to when there aren't evidence of the factual basics.

This article's mean objective is to review the burden of proof controversies and its regulation in article 167 of the CGP in Colombia. Therefore, it starts with the exposition of different activities and behavior of the legal procedure relation; then, it examines the historical context, from the antique epoch to nowadays; and, for that reason it concludes that who affirms a fact must prove it.

Hence, it studies the actual polemics about the idea of eliminating the burden of proof total or partiality and questions the judge's possibility of requiring the proof to the party with the most favorable position to provide.

Keywords: burden of proof, dynamic load of proof.

Introducción

La carga de la prueba, una institución centenaria y fundamental del proceso civil, siempre un “tema difícil, vasto e importante” (Lessona, 1983: 119), ha sido sacudida en varias oportunidades por atrayentes debates; recientemente por estudios que cuestionan desde sus cimientos hasta sus aplicaciones prácticas, impulsados principalmente desde la escuela del razonamiento probatorio de la Universidad de Girona, que discuten su utilidad (Nieva, Ferrer y Giannini, 2019), aunque vigorizaron su análisis, lo mismo que el de otras figuras del derecho probatorio donde era escasa la producción académica y bibliografía, como las de prueba y verdad en el proceso (Ferrer, 2005); valoración racional de la prueba (Ferrer, 2007); y estándares de prueba y debido proceso (Dei Vecchi y Cumiz, 2019), para solo mencionar unas cuantas instituciones que hoy son el centro de atención de una interesante discusión doctrinaria.

Un rastreo histórico muestra que con el paso del tiempo se consolidó la regla principal de carga de la prueba que exige a cada una de las partes demostrar lo que dice, de tal forma que al actor corresponde acreditar el hecho que sirve de fundamento a su demanda y, correlativamente, al demandado el que constituye el cimiento de su excepción, con el consecuencial efecto de pérdida, por aplicación del sucedáneo o reemplazante, para quien no satisface su compromiso probatorio.

En esta dirección, el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso de Colombia expedido en el año 2012 (en adelante CGP), dice que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma de aplicación sistemática con el artículo 1757 del Código Civil Colombiano de 1887, que exige “probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o esta”. De esta manera, el ordenamiento del derecho privado siguió de cerca la regulación francesa contenida en el artículo

1315 del Código de Napoleón de 1804 que radicó la prueba en el que pide el cumplimiento de una obligación y la justificación de la extinción en quien pretende liberarse.

No obstante, hoy es corriente encontrar en las legislaciones de algunos países y en las interpretaciones jurisprudenciales de ciertas autoridades novedades a ese postulado primordial: la primera, mediante presunciones que eliminan la carga de una parte o atribuyen a la otra la responsabilidad de desvirtuar; la segunda, que otorga amplios poderes al juez que le permiten decretar pruebas “de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”, posibilidad expresamente prevista en el artículo 169 del CGP, aunque en este estudio no se analizarán las llamativas deliberaciones doctrinarias sobre el particular (Parra, 2004); y la tercera, mediante la denominada carga dinámica de la prueba que confía al juez, como lo hace el inciso segundo del artículo 167 del CGP, la posibilidad de exigir la demostración de determinado hecho a quien “se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”, según las particularidades del caso.

Alrededor de estas alternativas se presentan comentarios y reproches que resaltan los supuestos riesgos implícitos que se afirma pueden llevar a la parcialidad o la arbitrariedad del juez, porque, por ejemplo, al distribuir la carga y no producirse la prueba, se habrá invertido el sentido de la decisión, por aplicación del sucedáneo o reemplazante que ya no se predicará en perjuicio de quien inicialmente tenía la carga, sino en detrimento de aquella parte a quien el juez se la asignó en el curso del proceso, aunque inicialmente, según la ley, no la soportara; y, en fin, dependiendo de la concepción política e ideológica sobre el proceso judicial, que algunos estiman debe ser rígido, totalmente establecido por el legislador, como un simple método para resolver controversias, de juego o lucha de partes con preminente criterio individualista al que interesa exclusivamente la legalidad de la decisión para la mecánica aplicación del derecho sustancial y que otros, con mejor criterio que compartimos, lo conciben como un escenario dúctil o flexible de comunidad de trabajo solidario para el conocimiento de la verdad y realización de la justicia, en aplicación de un auténtico criterio racionalista que propende por la efectiva realización de los derechos sustanciales y amplia protección de los derechos fundamentales (Cappelletti, 1973).

Sobre estos aspectos se formulan muy variados interrogantes hoy en día (Nieva, *et al.*, 2019), que por su importancia para el proceso y para la administración de justicia es necesario revisar; además para evaluar el artículo 167 del CGP que contiene una detallada regulación de la

carga de la prueba y, específicamente de la posibilidad de distribuirla por el juez, entre ellos los siguientes: ¿hay que decir adiós a la carga de la prueba que siempre nos acompañó, igual que en algún momento de la historia fue necesario despedirnos de las ordalías y de la prueba legal? (Nieva, *et al.*, 2019: 24); ¿puede existir un ordenamiento en el que no exista una regla de la carga de la prueba, para decidir considerando únicamente si fueron demostrados los supuestos de hecho de las normas sustanciales aplicables?; ¿la carga de la prueba debe estar contenida en una regla general que no contemple excepciones o puede la misma ley autorizar al juez para que la distribuya dinámicamente considerando las particularidades de cada caso?; ¿el juez que distribuye la carga de la prueba profiere una decisión diferente a la que correspondería si aplicara correctamente el derecho sustancial?; ¿si se decide acoger la figura de la carga dinámica, cuáles son los requisitos, y cuál la oportunidad para aplicarla, de tal forma que se evite sorprender a las partes y poner en riesgo su derecho al debido proceso?; ¿la regulación sobre la carga de la prueba del CGP y, específicamente, de la carga dinámica, reúne esos requisitos?

I. Actividades o conductas procesales

Es imperativo iniciar esta reflexión con un rápido repaso sobre las principales actividades, conductas o comportamientos de los sujetos para desarrollar la relación jurídica procesal, que pueden, en síntesis, consistir en cargas, derechos, deberes y obligaciones (Devis, 1985), aunque en ocasiones tanto la ley, como la doctrina, utiliza otros términos o los aplica indistintamente.

En cualquier caso, las discusiones jurídicas, para que tengan efectos prácticos en beneficio de la comunidad o de la administración de justicia, no pueden limitarse a indefinidas diatribas sin sentido y sin posibilidad de resolución sobre el uso de un determinado término o sobre una clasificación, como sucede con algunos de los debates alrededor de la carga de la prueba.

Puede afirmarse, siguiendo a Goldschmidt (1936), que las cargas son imperativos del propio interés en triunfar o conductas que deben realizar las partes en su propio beneficio para evitar consecuencias adversas. Se tiene la libertad de actuar, porque no hay otro legitimado para exigir. Si la parte cumple se beneficia, si no cumple se perjudica. El ejemplo paradigmático es el de la carga de la prueba que distribuye los riesgos de pérdida del proceso por falta de prueba, al

determinar las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho (Rosenberg, 1956: 39), es decir, al definir para quién son las consecuencias adversas de la falta de prueba¹.

Los derechos, por su parte, suelen referirse a facultades de las partes para realizar los actos necesarios en defensa de sus intereses, sin sanción por su no ejercicio. La parte decide si ejercita o no su derecho, sin que pueda afirmarse que se beneficia o perjudica si actúa o no lo hace. Un ejemplo se encuentra en el derecho a contrainterrogar a un testigo o a un perito, recurrir una providencia o tachar o desconocer un documento.

Los deberes son conductas que se imponen en beneficio de la administración de justicia, con sanciones correccionales, generalmente de confesión presunta o indicio en contra. Dice el artículo 78 del CGP que las partes deben proceder con lealtad y buena fe, no injuriar en sus escritos y exposiciones orales, comunicar los cambios de domicilio, colaborar en la práctica de pruebas y abstenerse de solicitar aquellas que podían conseguir directamente o mediante derecho de petición². Según el artículo 96 del CGP, también es un deber del demandado, en la contestación de la demanda, hacer un pronunciamiento expreso, concreto, preciso y unívoco sobre los hechos y sobre las razones por las cuales no le consta algún hecho, so pena de que se tenga por cierto.

La obligación, de acuerdo con la definición más generalizada, es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor debe realizar una prestación en beneficio de otra denominada acreedor (Mazeaud y Mazeaud, 1969). En derecho procesal las obligaciones tienen el mismo alcance que en derecho sustancial, porque son vínculos que surgen en el proceso y que pueden hacerse cumplir coercitivamente, como la obligación de pagar honorarios, costas o perjuicios.

En síntesis, la carga es un poder o facultad sin coacción o sujeción, pero con consecuencias adversas por la inobservancia de la conducta. Por el contrario, la obligación es un imperativo en beneficio de otro. En las obligaciones y en los deberes hay sujeción a un

¹ “Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos (...) La ley distingue por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria (...) La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito.” (Couture, 2007: 198)

² Recientemente la Corte Constitucional colombiana, declaró exequibles los artículos 78, 85 y 173 del CGP que establecen el deber para las partes de abstenerse de solicitar al juez pruebas que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubieren podido conseguir (Corte Constitucional, C-099 de 2022).

comportamiento requerido. En la carga y en el derecho hay libertad de actuar, pero en la carga si no se actúa se sufre perjuicio.

II. Contexto histórico

Para comprender las figuras procesales del presente, lograr su aplicación eficiente y hacer proyecciones sobre su futuro, resulta imperioso rastrear el pasado, remontarse al origen de las instituciones y revisar su evolución³. De allí la utilidad de una breve exposición de los principales antecedentes, con el propósito de identificar que, en esencia, la regulación y finalidad de la carga de la prueba guarda férvida coherencia con el contexto y las concepciones ideológicas, sociales, culturales, filosóficas y políticas de cada tiempo o de cada corriente doctrinaria (Michelli, 1961).

La carga de la prueba es un manantial inagotable, es una noción universal sobre la cual se debate desde la antigüedad, porque siempre, desde la época de los pretores de la antigua Roma, fue necesario determinar a quién correspondía demostrar un hecho específico y cómo definir una controversia cuando no estaban probados los hechos relevantes. Los historiadores no están de acuerdo en la respuesta a la pregunta ¿a quién correspondía probar en los inicios de la administración de justicia? (Devis, 1985: 421); algunos aseveran que incumbía probar al que afirmaba un hecho, porque debía demostrar quien mejor lo conocía y contaba con más información, es decir, le quedaba más fácil. Así ha sido en la generalidad de los tiempos.

Para este estudio hay que partir de la naturaleza íntima de las cosas que nos revelan los textos romanos, cuyo valor especial está en su lógica, apuntalada en los usos y el derecho consuetudinario, que revelaron a los legisladores de épocas más recientes las tradiciones ancestrales de los pueblos y de sus jueces, desde tiempos inmemorables, hasta inspirar el derecho escrito. Así lo enseña Caspar Rudolpp Von Ihering (1818-1892), ilustre filósofo y jurista alemán, en su monumental obra sobre el Espíritu del Derecho Romano, donde pregona que “el espíritu ve algo que sucede y que se repite constantemente, siente que esto que se repite debe suceder, traduce esta necesidad en palabras y así nacen esas reglas” (Ihering, 1998).

³ Los hermanos Mazeaud, al tratar la prueba de la existencia de los hechos manifestaban que “...hay que asombrarse de la pobreza de la literatura jurídica sobre este tema” (Mazeaud y Mazeaud, 1969: 545)

En otras palabras, bajo la abigarrada envoltura de las normas que empezaron a escribirse en leyes y códigos, que reiteramos no nacieron de manera accidental, sino como resultado de una potente fuerza creadora que determinó su formulación, se encuentran las reiteradas relaciones concretas de la vida, las máximas de la experiencia que demandan el don de la esmerada observación y el talento de la representación para revelar su motivo intrínseco o impulso generatriz, inmerso en las conductas incesantes y los comportamientos repetidos del ser humano, en el sentimiento del pueblo que precede al derecho como voluntad legisladora o elemento reactivo y explica la genealogía o alfabeto de gran parte de las instituciones.

Este origen o por qué de las normas positivas no es observable superficialmente como se hace al mirar huecas pompas de jabón de corta duración, sino, al contrario, con elevada observación que obliga sumergirse en consideraciones remotas y profundas. Además del ojo, se requiere el microscopio de la atención para ver de cerca y el telescopio de la imaginación para contemplar de lejos los fenómenos jurídicos del pasado y de nuestra época (Ihering, 1998: 1 y ss.).

De esta manera, debe partirse de una verdad averiguada y fundamental para la comprensión de este tema y es que el derecho escrito surgió como resultado de algunos hechos generadores. Su forma natural y tendencia hacia la escritura fue determinada por la esperanza de la igualdad; esto es, de un medio independiente y esterilizado en lo posible del capricho individual. Ese medio lo encuentra en la ley, que estaciona las máximas y costumbres en regulaciones y concede la ventaja de la fijeza, la generalización y la uniformidad, aunque, no se puede desconocer, tiene el riesgo de sacrificar, como ya es reconocido en estos nuevos tiempos, la fluidez y la movilidad propia de las relaciones humanas y, eventualmente, olvidar la ostensible particularidad de los casos concretos de una vida en incesante agitación y progreso que hace necesario, para cumplir el derrotero de la resolución de los conflictos y satisfacer el plausible propósito de la justicia, la flexibilidad interpretativa hacia el ajuste excepcional de la pétrea regla del pasado (Ihering, 1998: 311 y ss.).

De esta manera, en el derecho romano, en principio, quien afirma en su beneficio la existencia de un derecho o de un hecho, es el que estaba obligado a presentar las pruebas (Petit, 1910: 639). En esta regla se hallan comprendidas o, si se quiere, resumidas o condensadas, varias máximas o generalizaciones de la doctrina de los jurisconsultos romanos que son rigurosamente

exactas aún hoy en día en nuestro derecho civil *con tal que sean bien comprendidas* como lo reclama enérgica y lapidariamente Luis Claro Solar sobre la base de las enseñanzas de Baudry-Lacantinérie y Barde (Claro, 1992: 661).

La máxima *actori incumbit onus probandi* significa que al actor le toca, en primer lugar, al inicio del proceso, probar lo que afirma, puesto que su demanda tiende a cambiar el estado normal de cosas o una situación adquirida.

La solución que la ley le da es la natural y lógica. Cuando una persona que se dice acreedora de otra exige el cumplimiento de la obligación cuya existencia ésta niega, debe presumirse que continúa existiendo el estado de cosas que la ley considera ordinario y regular, es decir la libertad de la persona de quien se exige la obligación, mientras el que la exige no haya probado que la obligación existe. Del mismo modo, probada la existencia de una situación cualquiera, es permitido destruirla y reemplazarla por otra; pero la parte que pretende haberse realizado este cambio debe establecer la modificación que alega (Claro, 1992: 660 y ss.).

Complementariamente, las máximas de la experiencia siempre enseñaron, por elemental sentido común, que al que afirma algo a su favor, una obligación o un pago, generalmente le queda más fácil aportarlo. En efecto, en el Código de Justiniano (529 d.C.), el término *onus probandi* aparece por ejemplo en relación con la prueba del pago que se exigía a quien lo alegaba⁴ (Cabanellas, 1959: 8) y ¿por qué era así?: porque la experiencia que se repite hasta convertirse en regla o máxima muestra sin hesitación que el ser humano, por un elemental principio de precaución, suele hacerse y conservar la prueba de lo que es a su favor y, en consecuencia, es al titular de una obligación que quiere hacer efectiva o a quien invoca su extinción, por ejemplo mediante el pago que dice realizó, a quien le debe resultar más fácil demostrar, si se comportó con la cautela o previsión propia del proceder de la generalidad de las personas, y por eso las normas desde siempre lo han exigido de este modo, además, porque en los procesos civiles, en la mayoría de los casos, precisamente lo que se demanda es el cumplimiento de una obligación, y lo que se contrapone a la pretensión del actor es un hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho reclamado, y de ahí la obviedad de exigir la prueba de lo que se demanda al actor, quien afirma ser el titular de una prestación a su favor, y la prueba de lo que

⁴ *Solutionem asseveranti probationis onus incumbit*

se opone al demandado que lo afirma y que, en términos generales, es la extinción o pago de lo debido.

Estas disposiciones que fueron aplicaciones para casos concretos marcaron una tendencia, coherente y perpetua, dirigida rectamente a requerir la prueba a quien estaba en mejores condiciones de presentarla.

Carlos Lessona, por su parte, siguiendo las sentencias del Tribunal Supremo italiano de 1883 y 1887, compendió la doctrina de las reglas del romanismo sobre la materia de la siguiente forma: “la obligación de probar incumbe siempre al que afirma, y al que niega tan solo cuando su negativa envuelve una afirmación” (Lessona, 1983: 119), porque las pruebas de imposibilidad son más difíciles, en la medida que suele ser más fácil demostrar que algo sí existe a demostrar que no, axioma de donde surgió la confusión que eximió durante siglos de prueba a las negaciones, entuerto corregido luego en el derecho francés para eximir de prueba solo a los hechos indefinidos, afirmados a negados.

Sin embargo, como es natural en tan largos periodos, de varios siglos, son numerosas las casuísticas propias de diversos regímenes, pueblos, sistemas legislativos, grados de civilización y culturas (Lessona, 1983: 120 y ss.). Así se reitera que inicialmente era el juez, no la ley, quien determinaba la obligación de prueba como un compromiso recíproco. Por ejemplo, en el proceso *per legis actiones* del antiguo derecho romano, la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes a criterio del juez (Devis, 2015: 421); en algunos ordenamientos la demostración del hecho propio empezó a corresponder al actor que lo invocaba y al demandado en caso inverso, porque las partes solían contar con la prueba de sus propios hechos y por eso les quedaba más fácil aportarla. También, dependiendo de regulaciones especiales impuestas por determinados criterios políticos, en algunos eventos la prueba se exigía al más débil, en otros al demandado, precisamente porque se presumían veraces las afirmaciones del demandante o, incluso, al más favorecido con la situación. Vencía quien mejor prueba podía ofrecer y el juez estaba facultado para proferir fallo inhibitorio, *non liquet*, si no estaban demostrados los hechos, dejando la contienda sin solución y al demandado a merced de una nueva reclamación, por la ausencia del efecto de cosa juzgada, situación que atentaba contra la estabilidad de la sentencia y afectaba la seguridad y la confianza en la administración de justicia.

Si se reflexiona sobre todos los antecedentes históricos se encuentra que, por regla general, siempre ha debido probar quien está en situación más favorable para hacerlo. Así fue en el pasado y sigue siendo del mismo modo en el presente por más esfuerzos que se realicen para complicar la situación. Como se ha visto, en la antigüedad mediante la aplicación de reglas puntuales, por lo general inspiradas en el natural comportamiento humano que llegó a conformar máximas de la experiencia y que enseña que antes que normas legales, quien afirma algo a su favor debe probar porque un interés propio protege al ser humano por instinto, desconfianza, previsión, cautela o precaución y lleva al hombre a hacerse, y no dejar al azar, la prueba o constancia del hecho en que, en el mañana, en una controversia, va a constituir su afirmación (Rocha, 1990: 67).

Siendo así las cosas, considerando las particularidades de cada caso, cuando se delegaba la exigencia de la prueba al criterio del juez, la decisión debía estar guiada, si es que actuaba correctamente, porque siempre el juez debe estar inspirado en un profundo sentido de justicia, a exigir la prueba al que le quedaba más fácil aportarla, aunque, como se ha visto, en algunos casos específicos el requerimiento probatorio estuvo determinado por las costumbres o los intereses políticos de los gobernantes de turno que lograban imponer legislativamente otro criterio.

En la Edad Media (Siglos V a XV), por iniciativa de los juristas de Bolonia (Devis, 1985,: 421) (Siglo XI) que evocaron el derecho romano, precisamente se hizo referencia a los principios clásicos que asignan la carga de la prueba al actor (*onus probandi incumbit actori*), correlativamente al demandado que excepciona (*reus, in excipiendo, fit actor*), con la aplicación del sucedáneo o reemplazante de la prueba cuando quien debe probar no lo hace (*actore non probante, reus absolvitur*), preceptos acogidos en España por las Siete Partidas (S. XIII), con el yerro interpretativo de los glosadores que exigió prueba a quien afirma y exoneró al que niega, rectificado por Carlos Lessona, Jossierand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant varios siglos después, cuando se aclaró que si el actor no cumple con la carga de probar al demandado para triunfar le basta con negar, sin probar la negación, no porque la negación esté exenta de prueba, como lo malentendieron los glosadores, sino como consecuencia de no probar el actor lo que debía, de tal forma que las negaciones sí requieren prueba y solo las indefinidas, al igual que las afirmaciones de esta clase, están exentas de demostración, que es lo que establece el inciso final del artículo 167 del CGP colombiano (Rocha, 1990: 70-71).

Esta concepción que permite concluir que por regla general en el devenir de la historia ha debido probar quien está en situación más favorable para hacerlo, la corrobora el filósofo, escritor, jurista y economista Jeremías Bentham (1971) en su obra *Tratado de las Pruebas judiciales* editada por primera vez en 1823, que se calificó por Santiago Sentís Melendo como un libro de ayer y de hoy, de todos los tiempos, y que en palabras de Couture es un puente entre las concepciones viejas y las actuales. En el capítulo XVI del Tomo II el autor se pregunta:

Carga de la Prueba. ¿Sobre quién debe recaer? (...) Entre las dos partes contrarias, ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? (...) Es un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos (...)

Pero ¿cómo saber cuál de las partes se encuentra, con respecto a la prueba, en la situación más favorable? En el procedimiento técnico no hay ningún medio de llegar a ese conocimiento, pues se ha hecho todo lo posible para impedirlo. En el procedimiento natural, ese conocimiento, al igual que el de otros varios aspectos, será fácilmente logrado en una comparecencia inicial de las partes ante el juez (...)

Es pues, el demandante que siempre se presenta primero a nuestras miradas, ya que es él quien corre el mayor riesgo. ¿Por qué? Porque se espera siempre que, por su parte, tenga algo que probar y que si no prueba nada no puede salir del juicio sin una pérdida mayor o menor; mientras que por parte del demandado puede suceder que salga de la lucha con éxito sin haber probado nada, sin siquiera haber tratado de probar, sin hacer otra cosa que negar formalmente la proposición del demandante (Bentham, 1971: 149 – 151)

A la misma conclusión arriba sin ambages Jordi Nieva Fenol al afirmar que la idea inferencial básica de toda la institución de la carga de la prueba consiste precisamente en exigir probar los hechos constitutivos al demandante porque es lo que a priori le es más fácil, y los impeditivos, extintivos o excluyentes al demandado por la misma razón (Nieva, *et al.*, 2019: 46).

Al surgir en el siglo XIX el movimiento codificador, enciclopedista y racionalista moderno, impulsado por la división de poderes de la Revolución Francesa y su necesaria consolidación, encaminado a fortalecer la autoridad de un poder central que se ocupó de recopilar en conjuntos sistemáticos de normas los dispersos textos romanos, principios generales y las numerosas máximas de la experiencia que se aplicaban hasta entonces, se dispuso en el Artículo 1315 del Código Civil Francés o Código de Napoleón de 1804 que quien pide el cumplimiento de una obligación debe probarla y el que pretende liberarse debe justificar la paga o extinción.

Este precepto se edificó nuevamente sobre la elemental facilidad de prueba predicable de quien es acreedor o deudor respecto de lo que es a su favor y fue reproducido por el Código Civil Chileno de donde pasó al artículo 1757 del Código Civil Colombiano según el cual incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquellas o éstas (Devis, 1985).

Podría equivocadamente pensarse, con un criterio excesivamente restrictivo, que la norma del Código Civil es relativa únicamente a obligaciones de derecho privado y de hacer. Nada más alejado de la realidad. Específicamente, en cuanto a la prueba, Luis Claro Solar afirma enfáticamente que las palabras obligaciones, extinción y pago “no pueden tomarse en el sentido estricto que le corresponde literalmente (...) esta interpretación literal no es admisible” (Claro, 1992: 659), porque las exigencias probatorias no se refieren únicamente a obligaciones contractuales, sino que la regulación probatoria alcanza a todas las fuentes de las obligaciones que, como se sabe, pueden surgir no solo de un contrato, sino también de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito e incluso de la misma ley, porque “el Código no contiene otras reglas sobre la prueba de los derechos y obligaciones patrimoniales; y las reglas que da en este título son generales por su propia naturaleza y no habría razón para limitarlas a las obligaciones convencionales únicamente” (Claro, 1992: 659).

Es que las normas del Código Civil francés de 1804, que tenían una generalidad inobjetable y un campo de aplicación prácticamente universal a todo el derecho patrimonial, además porque las especializaciones solo fueron surgiendo posteriormente, comprendían, en principio, lo civil y lo comercial, lo contractual y lo extracontractual, lo referente a la familia, al derecho laboral, al administrativo y al probatorio, a todo tipo de responsabilidad y de bienes, lo mismo que, en la más amplia significación de los términos, a la generalidad de las obligaciones de dar, de hacer y derechos de crédito o conjunto de reglas e instituciones destinadas a asegurar el

cumplimiento de las obligaciones (Bonnecase, 1946), hasta el punto que este código ha sido considerado “el derecho común de las naciones civilizadas y el código del mundo civilizado moderno” (Josserand, 1952: 45)⁵.

En desarrollo de estos fundamentos sobre facilidad de la prueba el profesor Antonio Rocha afirma que "quien está al corriente de la manera como las cosas han ocurrido es el deudor, pendiente del cumplimiento que debe dar". Agrega que, en el curso de los sucesos, considerando las líneas de conducta y el eslabón de los hechos, "(...) el deudor los sabe, quedando por tanto a él la prueba más factible. Si un empleado llega a la oficina a las diez de la mañana, debiendo llegar a las ocho, él debe saber, y no el acreedor, qué fuerza mayor le impidió llegar a tiempo y cumplir su obligación; el constructor que debe levantar una casa en cierto tiempo y entregar obra hecha, sabe inmediatamente, directamente, si la inundación, el fuerte invierno, etc. le impidió cumplir; el artista debe saber por qué no entregó a tiempo la obra encomendada; el impresor por qué se pararon las máquinas. Y así en toda obligación de hacer. Mientras el acreedor está más lejos de la conducta del deudor y de los hechos concurrentes que pudieron impedirle a éste satisfacer a tiempo su prestación". Refiriéndose a las normas sustanciales que regulan las obligaciones de dar, es decir, a las que implican la constitución o transferencia de un derecho real, puntualizaba cómo "la sola ausencia de culpa no descarga la responsabilidad, es necesario además que el deudor demuestre el caso fortuito y que este ocurrió sin culpa". Y, respecto de las obligaciones de no hacer, aclaraba que el planteamiento es diferente porque al consistir en una conducta de abstención del deudor "no se le puede exigir la prueba de no haber obrado, especialmente si se trata de una negativa indefinida; me es imposible llevar al juez la certidumbre de que no he tocado radio en cierto lapso; sería fácil la prueba si el hecho imputable en que consistió la violación es una obra material que deja huellas, como haber levantado el muro a más de cierta altura; pero evidentemente el deudor no está interesado en dar la prueba de su propia violación. Entonces el acreedor debe probar, y le queda fácil, que sí tocó el radio, que sí se comerció con los productos en la ciudad (sí el deudor se había comprometido a no hacerlo), que sí se levantó el muro a cierta altura" (Rocha, 1990).

⁵ Precisamente por esto Napoleón, desde su exilio de Santa Elena, llegó a afirmar: “mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas: Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias; lo que no será borrado por nada, lo que vivirá eternamente, es mi código civil” (De Montholon, 1847).

En la época de la tarifa legal, cuando estaba definido de antemano el valor de las pruebas, las comprobaciones no podían resultar sino de los medios expresamente autorizados, entre ellos especialmente los escritos solemnes para las declaraciones de voluntad, con varios propósitos, entre ellos para proteger las familias (se prohibía investigar la paternidad extramatrimonial) y los patrimonios de infames hombres que se labraban un medio de subsistencia con la prostitución de los testimonios y los juramentos (Vélez. 1926: 426), pero, además, para aprovechar la experiencia colectiva que se codificaba con el fin de limitar la posibilidad de error o parcialidad y suplir la ignorancia o inexperiencia, además de evitar subjetividades, asegurar la uniformidad en las decisiones y fortalecer la confianza en la justicia.

Posteriormente los sistemas de libertad probatoria, con límites, exigencias y controles, reconocieron la trascendencia de adoptar decisiones humanas y equitativas y dieron preponderancia a la justicia como presupuesto para la paz. De paso, se agigantó el papel del juez para aprovechar su conocimiento y experiencia y se fortaleció la confianza en el aparato judicial, facultando al juez para decretar pruebas de oficio y distribuir dinámicamente la carga de la prueba, considerando, como en el pasado, las particularidades de cada caso.

De esta manera se puede advertir que en la época de la tarifa legal la valoración la realizaba de manera previa y abstracta el legislador, quien administraba y codificaba las reglas de la experiencia, sin conceder poderes al juez, como hoy sigue pregonando la escuela garantista del derecho procesal. Los criterios de facilidad y disponibilidad fundaron en ese entonces la regla general de atribución de la carga de la prueba y son precisamente esos mismos criterios o circunstancias, de facilidad probatoria, pero ahora en los casos concretos, porque el legislador no puede preverlos todos, que autorizan a un juez con poderes, en el que se confía, por su conocimiento y experiencia y por la existencia de controles eficaces, además en un sistema de sana crítica, a realizar una valoración de la situación caso a caso y, aplicando las mismas reglas de la experiencia se faculta al juez para exigir la prueba a quien se encuentra en mejores condiciones de aportarla. Nada más alejado de la justicia que tratar como iguales casos que son diferentes y nada más equitativo que establecer excepciones para los eventos que lo justifican.

Paralelamente en la historia se suprimió la facultad para proferir fallos inhibitorios por falta de prueba, tornando la solución de la contienda en definitiva y con efectos de cosa juzgada,

librando al demandado de una nueva reclamación y garantizando la estabilidad de la sentencia, además de la seguridad y la confianza en la administración de justicia⁶.

Las disposiciones de los códigos sustantivos que en un principio se ocuparon también de las pruebas, posteriormente se fueron complementando con normas procesales redactadas separadamente con el mismo supuesto, por ejemplo en Colombia el Código Judicial dispuso: “toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de uno y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas” (Ley 105 de 1931, art. 593); disposición ajustada posteriormente en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970 en los siguientes términos: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Decreto 1400, 1970: Art. 177) .

El proceso civil, hasta el siglo XIX, se desarrolló fuera de audiencia, mediante intercambio de escritos, como cosa privada de las partes, con un juez ausente y espectador que por la tarifa legal tenía prefijada la valoración de las pruebas y carecía de poderes de dirección e investigación. Como dice Cappelletti:

El temor de que el juez, al entrar en la arena terminase por perder su imparcialidad, era tan grande que incluso las pruebas eran asumidas con frecuencia en ausencia del juez, el cual, por consiguiente, no tomaba conocimiento directo de ellas, sino solamente indirecto, a través de los protocolos o verbales (actas) escritos, redactadas por secretarios. (...) La escritura se consideraba casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad. La misma era, en realidad, la barrera, el diafragma que separaba al juez del proceso y de aquellos que del proceso son los verdaderos protagonistas: sobre todo, las partes y los testigos (Cappelletti, 1973).

⁶ “El sistema de carga de la prueba constituye una norma de clausura para el juez civil, que le posibilita dictar resoluciones de mérito y lo aleja de incurrir en denegación de justicia, aun cuando ninguna de las hipótesis fácticas afirmadas cuente con el aval de elementos de juicios bastantes para que se la pueda considerar demostrada. Dicho sistema presenta algunas zonas insuficientemente exploradas, cuyo análisis arroja luz sobre otras más transitadas (...) Los conceptos de ‘mayor facilidad probatoria’ y ‘disponibilidad de los medios probatorios’ son razones de ser últimas -no siempre claramente advertidas- del actual mecanismo de reparto de los esfuerzos probatorios. Justifican, especialmente, la regla de oro en la materia: ‘quien afirma, debe probar’” (Peyrano, 2009: 231)

Por otra parte, las concepciones del liberalismo clásico no facultaban a los jueces para interpretar las leyes bajo el supuesto que la libertad de los individuos se garantizaba con un trato formal igualitario, con una ley clarividente y ciega. En palabras de Montesquieu, el juez hablaba únicamente por la *bouche de la loi* y debía limitarse a aplicar su texto, porque no podía moderar su fuerza ni su rigor, para no atentar contra la división de poderes y los pesos y contrapesos del nuevo Estado republicano (Marinoni, 2007: 20 y ss.).

En la edad contemporánea, con la inspiración de las corrientes ideológicas del racionalismo, donde es la verdad, no la autoridad, la que justifica la decisión (Eduard Coke) y considerando, además, todas las tendencias de la ilustración (Kant, 2017), se inició un movimiento de regreso del proceso civil a la oralidad, a la desformalización en procura de la eficacia, con temporalidad de la actuación, libertad probatoria y poderes al juez como director para la averiguación de la verdad, inspiradas, entre otras fuentes, en el código civil austriaco de 1895 redactado por Franz Klein (Chiovenda, 1954).

Así, se empezó a dotar nuevamente a los jueces de la facultad para considerar las particularidades de los casos concretos que deben decidir al reconocerse el relativismo, y se les autorizó para proferir fallos justos que materialicen los derechos sustanciales y garanticen los fundamentales, características consolidadas con el movimiento de constitucionalización del cual Eduardo J. Couture es uno de sus promotores (Couture, 2007)

En 1996 Enrique Véscovi dijo que “el servicio de justicia, en nuestros países iberoamericanos se encuentra en sensible rezago con relación a los demás del mundo civilizado. En especial respecto del sistema de Europa, los Estados Unidos y aun con relación a algunos países de África y Asia” (Véscovi, 1996). Si bien Colombia acogió la sana crítica y concedió amplios poderes a los jueces desde 1970, en el sistema procesal, junto con Iberoamérica, tardó en acoger la oralidad por seguir en este aspecto el derecho español, que solo hasta el año 2000, con la Ley de Enjuiciamiento Civil, derogó la ordenanza del proceso escrito de 1881.

Siguiendo este recorrido histórico, en el año 2012, con el CGP, Colombia reemplazó el proceso escrito por el oral o por audiencias caracterizado por los siguientes elementos indispensables: a) audiencias para el dialogo personal y directo los sujetos procesales, con plena intermediación; b) predominio de la palabra hablada como medio de comunicación (Chiovenda, 1954); c) desplazamiento del juez espectador al juez director con amplios poderes de gobierno y

probatorios que le permiten decretar pruebas de oficio y distribuir la carga de la prueba (artículo 167 del CGP); d) cumplimiento recíproco de los deberes de partes y abogados (Parra, 1996); e) Concentración y desformalización para realizar más actuaciones en menor tiempo.

III. Controversias sobre la carga de la prueba

Los continuos debates sobre la carga de la prueba, la prueba de oficio y la carga dinámica están impregnados, de manera consciente o inconsciente, implícita o explícitamente, como muchas otras discusiones en materia jurídica, tal cual lo advierte Cappelletti (1972) en *Oralidad y Pruebas*, de consideraciones y valoraciones de carácter cultural, político, histórico, filosófico e ideológico, que deben revisarse por quien no quiera quedarse satisfecho con la superficie exterior de los fenómenos estudiados, sino que desee sumergirse en las profundidades de un océano más revelador, propio de la fuente y desarrollo de las concepciones de los hombres en la historia, porque, como lo advierte Taruffo (2019: 18), hay problemáticas jurídicas para las que no existen soluciones únicas e indiscutibles.

Metafóricamente puede decirse que las concepciones son perspectivas o puntos de vista. Las formulaciones que las expresan lingüísticamente tienen, en cierto sentido, carácter constitutivo. Por lo anterior, una polémica puede disolverse sólo con poner de manifiesto que quienes discuten dan significados distintos a los términos que utilizan. Por este derrotero, no hay que intentar atribuir o despojar de la razón a alguna de las posturas ideológicas, esto es, definir conclusivamente quién acierta y quién se equivoca, porque todas las posiciones, en abstracto, tienen ventajas o fortalezas según una determinada lectura de la historia o de la evolución de las instituciones legales, sustanciales o procesales, o por circunstancias concretas, que en un estudio objetivo deben identificarse sin apasionamientos o exclusiones.

Es por eso que los sistemas privatistas del juez espectador, llamados garantistas por sus partidarios, si bien enaltecen la iniciativa y la autonomía de la voluntad del individuo propia de las relaciones de naturaleza esencialmente civil, pueden conducir a situaciones de desigualdad sustancial; y los sistemas progresistas o publicistas, calificados de activistas, que confieren poderes al juez no solo formales, sino también asistenciales sobre el objeto deducido en juicio, en

procura de una verdadera justicia, penden para su éxito del elemento humano, esto es, de la preparación, calidad, honestidad y sensibilidad de equidad de los jueces (Cappelletti, 1972: 131).

Solo con un criterio de coloración acentuadamente individualista puede afirmarse que la carga de la prueba es inútil o rechazar por inconveniente la carga dinámica; en cambio, con inspiración social o discernimiento publicista, que no hace depender la justicia simplemente de las actividades o inercias, ignorancias o desigualdades de las partes, es posible incorporar y aceptar, en la tendencia evolutiva de los ordenamientos procesales modernos, una tendencia hacia la equidad que se impone desde el cimitero código austriaco de 1895 (Cappelletti, 1972: 120).

De esta manera la dirección formal propia del proceso liberal del siglo XIX se reemplazó por una dirección material del juez, y el dogma del poder monopolístico de las partes en los aspectos de alegaciones y pruebas se derrumbó con una atenuación del individualismo hacia la desprivatización de los sistemas procesales que hoy reclaman ese enfoque solidario y necesario para el benéfico progreso de la humanidad.

La parte alega un hecho al afirmarlo en su demanda o contestación, pero la información sobre el hecho se dará al juez por las pruebas, no simplemente por las alegaciones, limitaciones o simples actividades o estrategias de las partes o sus abogados, toda vez que es con fundamento en las pruebas que se espera conocer la verdad, esto es, la correspondencia entre lo alegado y la realidad. Subsiste, afirma con razón Cappelletti (1972), el núcleo o sustancia, que es el objeto privado del proceso civil, como una cáscara o envoltura; pero el modo, el ritmo, el impulso, la dinámica, también de la prueba, son separados y no dominados por las partes, sino por el juez, que ya no queda paralizado por los formalísticos diafragmas de un inerte y gélido procedimiento.

Hay que recordar que la limitación para el juez de fallar según las alegaciones y las pruebas invocadas por las partes, contenida en el aforismo *judex debet judicare secundum allegata et probata a partibus* y que nuestro legislador del CGP incorporó en el artículo 281, tiene actualmente, en buena hora, importantes matices. En cuanto a las alegaciones, porque si bien en el aspecto fáctico, por regla general, debe respetarse el principio de congruencia que exige al juez proferir la sentencia en consonancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones y que impide fallar *extra* o *ultra petita*, cada vez son más las excepciones que en temas civiles autorizan ir más allá, como los eventos ya aceptados de simple cambio de nombre de una institución o sobre la debatible naturaleza de un contrato, también de pretensiones

implícitas como las de restituciones mutuas, en numerosos aspectos de familia o a favor de incapaces, de género o exclusión, lo mismo que en temas de naturaleza agraria o laboral e, igualmente, donde pueda estar comprometido el orden público o los derechos y garantías constitucionales que, en procura de la justicia material y como garantía de la primacía de las normas constitucionales (Constitución Política de Colombia, art. 4), faculta a los jueces para contextualizar la mecánica autonomía privada, en procura del interés general en la justicia que hoy favorablemente tiene el proceso.

Piénsese, por otra parte, en la figura de las excepciones que, salvo los regímenes con marcado rezagado privatista (Devis, 2015: 242) hoy, por regla general, pueden ser declaradas por el juez si aparecen demostradas, aunque no hayan sido afirmadas o propuestas por el demandado (Chiovenda, 1954: 404), al constituir hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del demandante hasta llegar a configurar la llamada excepción genérica o impropia. Actualmente, solo algunas excepciones requieren ser invocadas expresamente por el demandado para que sean declaradas por el juez, como en Colombia sucede, al tenor del artículo 282 del CGP, con la prescripción porque es renunciable, la compensación porque el acreedor decide cuando cobra y la nulidad relativa porque no alegarla equivale a sanearla.

De esta forma es resplandeciente la creciente desprivatización el objeto del proceso hacia esa orientación social que en los sistemas del derecho continental impuso la concepción de Franz Klein y que, como lo afirma Mauro Cappelletti (1972) alcanza también la esfera del derecho sustancial y con ella la del derecho probatorio, porque se morigeró la titularidad despótica de un derecho subjetivo o patrimonial, por una titularidad en función de la comunidad, con coloración y criterio asistencial, que excede el artilugio de la mecánica disponibilidad de los sujetos privados.

Michelle Taruffo (2019), para justificar la categoría de mera apariencia lingüística de la dimensión subjetiva de la prueba y disminuir la importancia de la carga objetiva como criterio fundamental para la decisión, invita realizar un experimento mental que consiste en imaginar un ordenamiento sin una regla sobre la carga de la prueba. Al mismo juego, en nuestro criterio imaginario, nos convida Nieva Fenol (2019: 43) y Ferrer Beltran (2019: XX). Para proponer este planteamiento se sugiere que las pruebas deben practicarse con libertad, como si las partes desconocieran qué es a su favor y qué no, qué les conviene y qué les perjudica, y como si esos juicios no guiaran sus comportamientos, para al final simplemente acoger la demanda o la

excepción si hay prueba del hecho que constituye el derecho sustancial afirmado por el actor o el demandado, y negarlo en caso contrario, ejemplo que permite sugerir que en estos eventos la decisión se adopta sin consideración de las cargas probatorias, partiendo solo de la prueba de los hechos relevantes del derecho sustancial aplicable (Taruffo, 2019: 20 - 21).

Lo primero a resaltar es la preceptiva que obliga, en la sentencia, a aplicar el derecho sustancial así no se invoque en la demanda o la contestación, además de lo inapropiado de sugerir que todas las partes del proceso tienen el conocimiento jurídico de destacados juristas sobre el derecho sustancial pertinente. Si bien los expertos pueden, en condiciones específicas, no requerir guías para determinar desde el principio el derecho sustancial aplicable y su fundamento fáctico, las partes que naturalmente actúan sí requieren de normas procesales que regulen y guíen sus actuaciones y reclamos, por ejemplo, sobre una responsabilidad extracontractual, el cumplimiento de un acuerdo o la ejecución de una obligación o para alegar una justificación, porque el proceso judicial no suele ser un juego imaginario o entretenido, sino un contienda práctica y real, con sensibles consecuencias no solo económicas y, por esta razón, una de las funciones del derecho procesal es y debe seguir siendo la de establecer los derechos, deberes, obligaciones y cargas al interior de la actuación, sus requisitos y oportunidades, con propósitos de precisión, claridad, orden o secuencia, publicidad y contradicción, esto es, debido proceso.

En nuestra opinión, no debe confundirse, ni equipararse la función del derecho sustancial con el procesal, para sugerir la eliminación de instituciones o disposiciones con innegable utilidad práctica. A este respecto Piero Calamandrei (1973), al ocuparse de las nociones sistemáticas fundamentales en sus instituciones de derecho procesal civil, dice que el *prius* del cual es necesario partir es el de las nociones, una de derecho sustancial constituido por el complejo conjunto de normas jurídicas que disciplinan directamente la conducta de los individuos en la convivencia social y que regulan, en un primer momento, las relaciones de intereses en la distribución y goce de los bienes de la vida; y otras son las normas que gobiernan las actividades o conductas de los sujetos del proceso y que en conjunto constituyen el derecho procesal.

El derecho sustancial es el tema de indagación *in iudicando* en el proceso, frente al derecho procesal que contiene las normas *in procedendo* que, con actividades preordenadas a una finalidad común, permiten establecer la garantía jurisdiccional de la observancia u operación del

derecho material. De esta manera, para llegar a establecer si antes y fuera del proceso ha sido observado el derecho sustancial y para dictar las providencias encaminadas a hacerlo cumplir, es necesario que las conductas de los sujetos se regulen de manera clara, precisa, actual y rectamente dirigidas a ese fin. Es por eso por lo que el derecho sustancial “no entra en el proceso como regla de conducta actual, sino como tema de investigación y reconstrucción histórica” (Calamandrei, 1973: 366 y ss.), porque es el derecho respecto del cual se discute para establecer en la sentencia su aplicación e interpretación sobre relaciones ya agotadas que se consideran estáticamente como pertenecientes al pasado y que se definen en la sentencia.

El derecho sustancial y el derecho procesal, como sucede claramente en las reglas de la carga de la prueba, son complementarios para la realización del primero mediante la observancia del segundo. De esta manera operan o funcionan como lo hace un puente sobre un abismo o precipicio, que estructuralmente no admite la eliminación, ni siquiera el debilitamiento de sus bases o la supresión de alguno de sus extremos, so pena de derrumbarse y caer al vacío o dejar de conducir a su natural destino, que es la realización de los derechos sustanciales con garantía de los derechos fundamentales, mecanismo a través del cual los dos derechos se comunican entre sí “y se reafirma la fundamental unidad del ordenamiento jurídico” (Calamandrei, 1973: 371)

Por estas razones, al respecto Planiol y Ripert afirman: “en la práctica, es sumamente importante determinar cuál de los dos adversarios deberá ser el primero en probar lo alegado por él. En efecto, cuando la prueba no se ejecuta por la persona que debió aportarla, el juzgador deberá fallar en contra de sus pretensiones” (Planiol y Ripert, 1936: 759).

También se afirma con acento, para pregonar la inutilidad de la carga de la prueba, que es un rezago de la tarifa legal, sistema con el que guardaba total coherencia (Nieva, *et al.*, 2019: 31), porque allí realmente no se valoraban las pruebas, sino que, a manera de inventario o lista de chequeo, se verificaban las exigencias sobre el número de testigos o clases y requisitos de documentos y se fallaba considerando quién no cumplió con lo que debía, desconociendo que la carga de la prueba siempre ha estado justificada, antes y ahora, porque está forjada lenta y laboriosamente por el paso del tiempo y la evolución de las instituciones (Villamil, 2020: 1120) y que una figura jurídica si es útil, no por tradicional o antigua, debe desaparecer.

Por este mismo derrotero se afirma que la insuficiencia de la prueba se descubre solamente al final del proceso tras haber intentado valorarla, momento en el que la identificación

de quién soportaba la carga adquiere significación, no al inicio de la actuación como sucedía de antaño, de tal forma que si los hechos están probados se declara su existencia con las consecuencias pertinentes sobre la demanda o la contestación, de tal manera que descubierto lo anterior, en este instante de la historia jurídica, en puridad, la carga de la prueba como concepto debió dejar de existir, puesto que ya carecía de toda utilidad (Nieva, *et al.* 2019: 39 - 40).

No parece que una relación de causa efecto puede calificarse de ilógica o injustificada. Las partes en el proceso deben probar lo que afirman, si es supuesto del derecho sustancial que reclaman, de tal forma que, si lo hacen, obtienen el resultado que pedían a su favor y, al contrario, si no cumplen, la consecuencia es la falta de aplicación de las disposiciones sustanciales por ellas deprecadas. Esta relación aparece destellante en la aplicación armónica y conjunta de las normas sustanciales y procesales.

El resultado o consecuencia al final del proceso, que siempre ha existido, no elimina retroactivamente la necesidad y utilidad de saber desde el inicio quién debe probar, regla de conducta que exige y permite a las partes comportarse probatoriamente de manera adecuada, cumpliendo con lo requerido y precisamente es lo que justifica la consecuencia adversa para quien no atiende el imperativo en su propio beneficio.

No se puede compartir la eliminación de las normas de fardos o pesos probatorios. Es lo que pregona Rosenberg (1956: 31) al decir que la advertencia sobre la pérdida del proceso para quien no pruebe condiciona el comportamiento para evitar el resultado desfavorable y, por lo mismo, justifica el sucedáneo o reemplazante.

Por caminos similares se critica la carga dinámica de la prueba, de gran aceptación en Iberoamérica⁷, que confía en el juez la solución para aquellos casos específicos en los cuales la parte sobre la que recae la responsabilidad no dispone de los medios necesarios por estar, en cambio, al alcance de la otra, que no los aporta por el beneficio que le depara el sucedáneo o reemplazante, bajo el supuesto que en vez de inscribirse en la concepción racionalista de la prueba, desciende al particularismo, de contera al neoconstitucionalismo y al decisionismo judicial (Ferrer, 2007: 55), afirmaciones que no desvirtúan la utilidad de estas instituciones, sino

⁷ Los argumentos en contra de la carga dinámica de la prueba pueden encontrarse resumidos en “A Favor de la Carga”. En este artículo, a manera de ejercicio de prestidigitación se quiso ver un inevitable ocaso de esta importante institución, que aún no se percibe, ni se produce. (Calvinho, 2016)

que se limitan a poner de presente las concepciones políticas, ideológicas y sociales con que se analiza la problemática y que conducen a soluciones diferentes dependiendo del lente desde donde se miran los fenómenos.

Así como se reconoce que es interesante observar que la carga de la prueba tiene varios sentidos o dimensiones, dirigidas a sujetos distintos y aplicables en momentos diferentes (Ferrer página 63), también debe aceptarse que, en determinados casos excepcionales, como el de la carga dinámica, puede tener efectos específicos, como el de obligar a una parte a probar determinado hecho por encontrarse en situación más favorable para aportar las evidencias, so pena de producirse en su contra el efecto adverso del sucedáneo o reemplazante.

Téngase en cuenta que generalmente es similar el sucedáneo de prueba que consiste en fallar en contra de quien tenía la carga y no la cumplió, a que se tenga por cierto un hecho, por confesión presunta, por no haber aportado alguien una prueba que estaba en la obligación de presentar. Sin embargo, pueden darse casos en que el efecto no sea idéntico, porque al tenerse por cierto un hecho, el efecto, según la ley sustancial, puede ser diferente, limitado, no impeditivo o extintivo, sino simplemente modificativo del derecho del oponente, etc.

Es también equivocado, para criticar la figura de la carga dinámica, que como se ha visto cuenta con solido fundamento, limitarse a un juego de nombres de las cargas o deberes o proponer realizar una simple inversión mecánica ante la ausencia de prueba que, por lo especial de la situación, evidentemente requiere precisiones. Un ejemplo es suficiente para ilustrar esta idea: Una parte tiene a su cargo la prueba de un hecho. No obstante, por las particularidades del caso, la otra está en mejores condiciones de aportarla. En ese evento el juez del proceso, entendido como un método de averiguación de la verdad, donde ambas partes deben colaborar para establecerla, distribuye la carga y exige presentarla a la que tiene mayor facilidad y disponibilidad. Si la parte presenta la prueba, el caso se resolverá dependiendo de lo que resulte demostrado; y si no lo hace, a pesar de ser advertida oportunamente de la carga asignada, con posibilidad de recurrir la providencia distributiva y, entonces, con pleno respeto de sus derechos fundamentales, soportará la consecuencia adversa que podrá ser la confesión presunta si por ejemplo no exhibió un documento o la de tener por ciertos los hechos que se pretendían comprobar con el dictamen pericial que no facilitó, las cuales conducirán, en la generalidad de los

casos, al mismo resultado que se obtendría aplicando el sucedáneo o reemplazante, esto es, a fallar contra quien teniendo ahora la carga, luego de la distribución, no la cumplió.

Ahora bien, la carga de la prueba suele tener dos aspectos o mirarse desde dos ópticas distintas (Rosenberg, 1956: 15) que es necesario identificar, porque hay estudios, que no compartimos, que sugieren la eliminación de las dos (Nieva, *et al.* 2019: 223 y ss.) o de una de las dos (Ferrer, 2019: 53 y ss.):

- a. **Carga subjetiva de la prueba:** O regla de conducta o autorresponsabilidad para las partes, porque enseña a quién le corresponde probar cada hecho, quién tiene la carga de suministrar la prueba, es decir, contesta el interrogante ¿quién debe probar?
- b. **Carga objetiva de la prueba:** O regla de juicio para el juzgador, porque distribuye el riesgo probatorio entre las partes al disponer cómo se debe fallar cuando no está presente la prueba de los hechos pertinentes, es decir, contesta el interrogante ¿cómo decidir cuando no hay prueba de un hecho? De esta forma opera como una regla subsidiaria, de sucedáneo o reemplazante de la prueba, al definir las consecuencias de la falta de pruebas y permitir fallar en el fondo, esto es, no de manera inhibitoria, sino en contra de quien teniendo la carga no la cumplió.

Como dice Rosenberg, “La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante” (Rosenberg, 1956: 2). Es que por su especial transcendencia y significación en el proceso y para la aplicación del derecho sustancial “las normas sobre la carga de la prueba no pueden deducirse del resultado del proceso singular, sino que deben establecerse independientemente de todo proceso, sacándolas de las normas abstractas del derecho a aplicarse” (Rosenberg, 1956: 3).

Las normas de la carga de la prueba son un complemento necesario de toda ley sustancial y de todo precepto jurídico, pues siempre es posible que se generen dudas para el juez o para las partes.

Como enseña Calamandrei el derecho procesal es norma de actividad para los sujetos dentro de una realización dinámica no concluida, pues apenas lo estará con la sentencia. El

derecho sustancial entra al proceso “como tema de investigación y de reconstrucción histórica, respecto del cual se discute únicamente para establecer cómo debía ser observado y si fue observado fuera del proceso en una relación ya agotada que se considera estáticamente como perteneciente al pasado” (Calamandrei, 1973).

Surge con nitidez de esta diferencia que hay perceptos de aplicación necesaria en el desarrollo del proceso para que éste cumpla su objeto y normas cuyos supuestos de hecho se verificarán en la sentencia, de tal manera que no es admisible igualar las normas sustanciales con las procesales, convertir equivocadamente una norma procesal en sustancial, con los efectos que ello puede acarrear; por ejemplo, para los fines de la casación, que solo procede por violación de normas sustanciales, además de generar inquietudes, vacíos, dificultades y complicaciones que, por el contrario, la doctrina debe preocuparse por evitar en beneficio de la comunidad. De allí que compartimos en afirmar que “Se iría demasiado lejos si (...) se quisiera eliminar por complejo el concepto de la carga subjetiva de la prueba (...) El concepto de carga subjetiva de la prueba es indispensable” (Rosenberg; 1956: 19 - 21).

Varias razones justifican entonces la permanencia de la carga subjetiva de la prueba: claridad de lo que se impone a cada parte, necesidad de advertir el riesgo y, de contera, aliviar la carga al juez; pero, además, porque “es simplemente absurdo imaginar una carga sin un portador” y, como lo pregonó Wach “no se puede imaginar (la carga de la prueba) sin la característica de que grave sobre alguien” (Rosenberg; 1956: 19 - 21).

IV. La carga de la prueba en el CGP

Sobre las reflexiones anteriores puede realizarse la exposición y análisis de la regulación contenida en el CGP de Colombia del año 2012, en contexto con la jurisprudencia nacional anterior y posterior al nuevo ordenamiento procesal.

En 1990 el Consejo de Estado, al ocuparse de un caso de responsabilidad médica, en una de las primeras sentencias donde se aplicó la carga dinámica de la prueba, consideró:

Así pues, la Sala cree que es conveniente que por los doctrinantes y por la jurisprudencia se continúe estudiando la materia con miras a lograr un justo equilibrio

entre la necesidad de que el juez tenga la convicción de la presencia del elemento culpa para que proceda la declaratoria de responsabilidad en un caso dado y la consecuencial condena al responsable de indemnizar los perjuicios causados y la carga probatoria de dicho elemento, distribuyéndola equitativamente entre el acreedor y el deudor, con miras a la realización de la justicia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 5902. 1990)

Diez años después el Consejo de Estado fue afianzando la teoría al considerar que “las cargas probatorias dinámicas - cuya aplicación, aunque no t[enía] sustento en nuestra legislación procesal, pued[ía] decirse que enc[ontra] asidero suficiente en las normas constitucionales que relieves el principio de equidad” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 11878, 2000), en virtud del cual se hacía necesario que, conforme a las particularidades de «cada caso», el juez estableciera el deber probatorio a la parte que se considerara «en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes.

Revisada la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado se encuentra que luego de tres décadas continúa reconociendo la carga dinámica de la prueba, por ejemplo, en la sentencia de 3 de junio de 2021 donde se discutió la responsabilidad de una institución penitenciaria por la tardía asistencia médica a uno de los internos. El superior reprochó que el *a quo*, para descartar las pretensiones, adujo que la demandante no había aportado la historia clínica, elemento que vital para la demostración de la responsabilidad. En concreto, se consideró que:

Así las cosas, el Tribunal pasó por alto que la demostración de la falla y del nexo causal conllevaban una prueba imposible para los demandantes de allegar, lo cual condujo al yerro de prescindir de la consecuencia jurídica aplicable al asunto, esto es, dejó de invertir la carga probatoria, librando al INPEC del deber que tenía de demostrar si su actuación fue diligente y oportuna para evitar el nefasto daño; sumado a lo anterior, omitió las consecuencias jurídicas dispuestas por la jurisprudencia que conllevaba la renuencia de la entidad en allegar la historia clínica al proceso (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 11001-03-15-000-2021-01420-00, 2021).

La Corte Constitucional colombiana también reconoció la carga dinámica de la prueba desde antes de la expedición del CGP, en vigencia del CPC de 1970 que no la consagraba expresamente, por ejemplo, en la sentencia de tutela T-006 de 1992 donde puede leerse:

En algunos casos el juez en atención a la necesidad de promover la efectividad de los derechos fundamentales y en razón del principio *pro iustitia*, podrá disponer que la prueba de un hecho, dadas las circunstancias concretas y excepcionales de la causa, no recaiga sobre quien lo alega sino sobre la parte que esté en mejores condiciones o posibilidades de probarlo. (Corte Constitucional de Colombia, T-006 de 1992).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia no fue ajena a esta tendencia y sentencia de 30 de enero de 2001, con ponencia de José Fernando Ramírez Gómez hizo uno de los primeros pronunciamientos para reconocer la

vigencia [de] ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. P. 5507, 2001).

De esta manera, la carga dinámica de la prueba ya era una constante en la jurisprudencia colombiana, aceptación considerada para su incorporación en el CGP del año 2012 teniendo en cuenta, además, las realidades sociales del país.

En el artículo 167 del CGP, primer inciso, continuó la noción clásica de la carga de la prueba que se acogió desde el CPC de 1970, al disponer: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Así cada parte sabe -y esta es la primera regla de la legislación colombiana- que debe llevar al juez el conocimiento sobre los hechos que son supuesto de las normas cuya aplicación está solicitando.

Ahora bien, la ingeniería procesal del CGP conlleva que se dicte sentencia favorable para quien cumple la carga, salvo eventos en los que se configure, por ejemplo, una prescripción o caducidad; y, correlativamente, sentencia desfavorable para quien no satisface la carga, en

aplicación del sucedáneo o reemplazante que le permite al juez fallar en el fondo, aun no teniendo la prueba, esto es, en contra de quien debiendo demostrar, no lo hizo (art. 28 y 29 C.G.P.).

El inciso segundo del mismo artículo 167, que es nuevo en la legislación colombiana, autoriza al juez expresamente para aplicar la teoría de la carga dinámica en los siguientes términos:

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 (Código General del Proceso, 2012, Art. 167).

La disposición no solo autoriza al juez por iniciativa propia o pedido de parte para reasignar la carga de probar, sino que, además, ilustrativamente contiene algunos supuestos en los cuales se podrá considerar que alguien está en mejores condiciones de acreditar un determinado hecho.

Bien importante es la previsión del tercer inciso, también novedoso, que se incluyó para evitar sorprender a última hora a las partes: “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” (Código General del Proceso, 2012, Art. 167).

De esta manera el juez deberá hacer la distribución mediante una providencia en la que otorgue a la parte un término suficiente para cumplir con la nueva carga que se asigna. Quedó así erradicada la dañina posibilidad de considerar en la sentencia que una prueba podía ser aportada por una parte que inicialmente no soportaba la carga, situación que eventualmente conducía aplicar el sucedáneo a quien no estaba advertido de su compromiso, ni había tenido la

oportunidad de recurrir para alegar que realmente no se encontraba en mejor posición para probar.

Por el mismo derrotero ideológico, en el artículo 170 del CGP la expresión “podrán decretarse pruebas de oficio” se reemplazó por “El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia” y se agregó que “Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes” (Código General del Proceso, 2012, Art. 170).

El inciso final de este artículo 167 mantiene la excepción de probar los hechos notorios, en la medida que la justicia no puede ignorar lo que todo el mundo conoce y los hechos indefinidos, afirmados o negados, por su dificultad o imposibilidad de ser probados.

La Corte Constitucional al pronunciarse sobre la carga dinámica en la sentencia C 086 del 24 de febrero de 2016 precisó los alcances a la luz del principio de tutela judicial efectiva en el Estado Social de Derecho, que exige del juez una participación en pro de una eficiente administración de justicia y de la igualdad real de las partes, sin perjuicio de la imparcialidad, y conforme a las particularidades de cada caso concreto. Al respecto, enseñó la Corte que:

En este orden de ideas, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, “la mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes –principio dispositivo- y el poder oficioso del juez –principio inquisitivo-, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso”. Buscar ese equilibrio en el diseño de los procesos judiciales es un desafío para el Legislador. Asegurar su cumplimiento efectivo es la misión del juez en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento. (...)

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 (...)

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 erigen 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 (Corte Constitucional de Colombia, C- 086 de 2016).

También se lee en esta sentencia que “La carga dinámica de la prueba está “fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho” (Corte Constitucional de Colombia, C- 086 de 2016)..

Y resalta la Corte Constitucional que, en todo caso, en principio es a las partes a las que corresponde probar el supuesto de hecho de las normas aplicables porque:

Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez (Corte Constitucional de Colombia, C- 086 de 2016).

Sin embargo, dentro de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia debe comentarse el aislado fallo CS9193-2017 que criticó la consagración legal de la carga dinámica

de la prueba en el CGP y sugirió una diferenciación entre la carga de prueba y el deber-obligación de suministro y aportación de pruebas y concluye que:

la única interpretación jurídicamente admisible del mencionado párrafo [art. 167 Código General del Proceso] consiste en entenderlo como una ‘regla de aportación o suministro de pruebas’ que se aplica hasta antes de dictar sentencia; siendo absolutamente distinta de ‘la regla de cierre de la carga de la prueba’, pues esta última es un imperativo sobre la correcta conformación de la decisión judicial y no admite excepciones, variaciones ni distribuciones de ninguna índole. Un entendimiento distinto supondría, de modo inexorable e inútil, el germen de la autodestrucción del principio de legalidad como pilar esencial del sistema jurídico (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. P. 9193, 2017).

La postura de la Corte Suprema en esta sentencia, que no compartimos, no se consolidó, no solo porque fue suscrita por apenas tres de los siete magistrados que conformaban la Sala de Casación Civil, en la medida que se encontraba vacante uno de los puestos, otro de los magistrados no suscribió la sentencia por «ausencia justificada» y dos más aclararon y salvaron el voto en cuanto a que las cargas probatorias dinámicas comportan un mecanismo de construcción jurisprudencial en los distintos sistemas jurídicos del mundo que apunta a la materialización de los derechos subjetivos de las personas, asignando responsabilidades de demostración a quienes se encuentran en situaciones favorables para acreditar los hechos.

En particular, la aclaración del Magistrado Aroldo Quiroz Monsalvo, actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia, precisó los fundamentos normativos que soportan la institución y expuso la permanencia que en el tiempo han tenido en beneficio de la administración de justicia. Destacó la importancia que tiene que quien alegue los hechos asuma la carga de demostrarlos, salvo en los casos donde el legislador opte por morigerar, “como sucede con las afirmaciones o negaciones indefinidas, presunciones, o inferencias lógicas, en las que corresponde a la contraparte desvirtuar su existencia, so pena de tenerlas por probadas” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. P. 229, 1985), fenómenos sobre los que la jurisprudencia ha decantado su estudio para colegir al respecto que se trata de “la exigencia legal de una conducta de realización facultativa establecida en el exclusivo interés del propio litigante, y cuya omisión

apareja para él consecuencias desfavorables” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. P. 229, 1985).

En ese mismo pronunciamiento se destacan los “criterios provenientes de la lógica, la sana crítica y la equidad” como elementos necesarios para desterrar los “beneficios injustificados» generados «para una parte en detrimento de la otra» tras «la estricta aplicación de la carga de la prueba”, lo que a la postre conlleva a la aplicación de otros principios de gran valía como “*res ipsa loquitur* -la cosa habla por sí misma-, culpa virtual -faute virtuelle-, y resultado desproporcionado” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. P. 229, 1985) en virtud de los cuales se facilitó la demostración fáctica a quien se encontraba en situaciones desfavorables para probar, en relación con su contraparte.

Así, en torno al primer postulado en cita (*res ipsa loquitur*) se expuso su capital importancia para “tener por probado un hecho a partir de la demostración de los resultados que produjo o las circunstancias que lo explican, por lo que corresponderá a la contraparte desvirtuar su ocurrencia”. Respecto de la culpa virtual se resaltó su utilidad para demostrar “la culpa y el nexo causal a partir de antecedentes que rodearon el daño y la participación del responsable, invirtiéndose la carga de la prueba hacia el demandado; y, finalmente, en lo que atañe al «resultado desproporcionado”, hizo referencia a un veredicto de la Corte de Casación Francesa (28 jul. 1960) que lo definió como una

“presunción desfavorable para el médico demandado en el enjuiciamiento de su responsabilidad, presunción que puede generarse ‘a partir de un mal resultado de la intervención o tratamientos médicos, cuando [es desproporcionado] con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común (...) según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo o de lugar en su conveniente y temporánea utilización” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. P. 9193, 2017).

Tras lo expuesto, la aclaración repudió los raciocinios de la decisión mayoritaria concluyendo que la diferenciación propuesta entre carga de la prueba y deber de aportación desconoce la teleología de las normas sustanciales y probatorias, así como las consecuencias jurídicas que cada una de ellas conlleva para los intervinientes en el juicio, dado que la figura en estudio persigue la garantía de la igualdad real entre las partes “sin que por ello se modifiquen las

normas que regulan el vínculo sustancial” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. P. 9193, 2017).

Finalmente, precisa el salvamento de voto que:

Mutar una carga hacia un deber de aportación aparejaría que el convocado no tenga que soportar una sentencia desfavorable en caso que no desvirtúe el dicho de la parte convocante, sino que sólo podrá ser objeto de medidas correctivas y es un indicio grave en contra, que por sí mismo es insuficiente para condenarlo, lo que, a juicio del Magistrado discrepante, favorece injustificadamente a quien se encuentra en posición más favorable para probar, como quiera que ante el incumplimiento del deber, ya no soportaría la sentencia adversa en el juicio, sino la simple imposición de sanciones pero con la garantía que no será condenado.

(...) De allí -dice el salvamento de voto- que se propugne por el mantenimiento de la noción de carga dinámica, mejor conocida como carga flexible, inversión de la carga o distribución especial de la carga, con las consecuencias que le son connaturales, siguiendo la sólida línea jurisprudencia de la Corporación sobre la materia, con lo cual se propende por decisiones justas (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. P. 9193, 2017).

Conclusiones

La carga de la prueba es una institución jurídica universal, de especial trascendencia práctica, que determina a quién corresponde probar, además de ofrecer soluciones racionales cuando la prueba no se produce. Su regulación, como un imperativo del propio interés, se integra por normas del derecho sustancial que establecen los supuestos de hecho para su aplicación, y normas de derecho procesal que gobiernan la actividad probatoria de los sujetos en el proceso.

La carga de la prueba comprende dos aspectos fundamentales complementarios que se relacionan como causa y efecto, y que dotan de precisión la actuación de los sujetos del proceso en cuanto a las responsabilidades probatorias. El primero como regla de conducta para las partes, que responde a la pregunta ¿quién debe probar?, esto es a quién incumbe acreditar el supuesto de

hecho de las normas sustanciales que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; y el segundo como regla de juicio para el juez, que indica ¿contra quién decidir?, al momento de la sentencia, si no está la prueba de esos fundamentos fácticos.

Si bien desde una óptica esencialmente privatista se afirma que: a) la distribución de la carga está en la norma sustancial y no depende de particularidades; b) el juez no puede cambiar quién debe probar, porque crearía derecho sustancial y violaría el principio de legalidad; y c) el juez establece deberes de aportación sin que tenga la facultad de imponer cargas probatorias; a estos planteamientos se contraponen otros que compartimos y que pregonan que: a) las normas sustanciales establecen supuestos de hecho para su aplicación y las normas procesales indican quién tiene la carga de probar, además de autorizar al juez para distribuirla según las particularidades; b) el juez, en procura de la averiguación de la verdad para la administración de la justicia debe exigir a cada una de las partes lo que puede demostrar, considerando las particularidades de cada caso c) bajo estos supuestos la institución de la carga de la prueba es útil y necesaria, específicamente como quedó regulada en el artículo 167 del CGP.

Por lo anterior, no se encuentra procedente la supresión total o parcial de la institución de la carga de la prueba, que siempre ha estado correctamente justificada para exigir probar a quien está en mejores condiciones de hacerlo y servir de guía para la actuación procesal.

Además, la regulación de la carga dinámica de la prueba en el CGP se enmarca en los postulados de un Estado Social de Derecho como el colombiano, donde el juez tiene un rol especial que cumplir en los procesos judiciales, dirigido a la realización de los derechos sustanciales, con plena garantía de los derechos constitucionales.

De los dos modelos tradicionales del papel del juez como director del proceso, específicamente en el aspecto probatorio, se ajusta mejor a la realidad colombiana el que confiere al juez un papel protagónico en la investigación de la verdad como presupuesto de la justicia, frente al meramente dispositivo, privatista e individualista de igualdad formal que caracterizó los códigos inspirados en el liberalismo clásico hasta el siglo XX (Parra Quijano, 2004).

El CGP incorpora un modelo procesal mixto que sigue los sistemas procesales modernos del derecho comparado y que, por involucrar también un interés público, otorga al juez facultades de impulso procesal, por ejemplo, entre otros aspectos, para decretar medidas cautelares

innominadas y, además, amplios poderes probatorios que buscan garantizar la igualdad real entre las partes y asegurar que en la sentencia las normas sustanciales se apliquen sobre la verdad que el juez debe investigar.

En conclusión, el novedoso y revolucionario diseño normativo del CGP de Colombia, que engrandeció el papel del juez en el proceso, tiene completo respaldo en la Carta Política de 1991 que consagró un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la aspiración última del pueblo es la de alcanzar un orden justo, con una administración de justicia que haga prevalecer en sus fallos el derecho sustancial, sin detrimento de los derechos fundamentales de las partes y que, para el efecto, demanda de un perseverante compromiso de los servidores públicos con la averiguación de la verdad para dispensar la justicia material.

En esta dirección, acertadamente el CGP del año 2012 ordenó a los jueces “adelantar los procesos por sí mismos”, atribuyéndoles responsabilidad por “cualquier demora que ocurra en ellos” (artículo 8º); en buena hora señaló que el juez, al interpretar la ley procesal debe “tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial” (artículo 11º), para proscribir excesos rituales manifiestos; asignó a los jueces el determinante deber de “dirigir el proceso, velar por su rápida solución... adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal”, además, aspecto que debe resaltarse, de “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”; asimismo, el CGP autorizó expresamente a los jueces para decretar pruebas de oficio cuando las considerara “útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes” (artículo 169) e incluso, los facultó para distribuir la carga exigiendo probar a la parte que se encuentre en situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos (artículo 167).

Bibliografía

Bentham, J. (1971) Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa – América. Tomo I y II

Bonnecase, J. (1946) Elementos del derecho civil. Puebla. Editorial José M. Cajicá, Ja. Vol. XV. T. III

Cabanellas, G. (1959) Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina.

Calamandrei, P. (1973) Instituciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa – América. Vol. II.

Calvinho, G. (2016) A favor de la carga de la prueba. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Cappelletti, M. (1972) La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa – América.

Cappelletti, M. (1973) El Proceso Civil en el Derecho Comparado: Breviarios de Derecho. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América.

Chiovenda, G. (1954) Instituciones de Derecho Procesal Civil. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo III.

Claro Solar, L. (1992) Explicaciones de derecho civil chileno y colombiano. Santiago de Chile. Editorial Temis S.A. Editorial jurídica de Chile. V. 5 y V. 6

Código General del Proceso [CGP] Ley 1564 DE 2012. Julio 12 de 2012 (Colombia)

Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Proceso 5902 (C.P. Gustavo De Greiff Restrepo; octubre 2 de 1990)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 11878 (C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; febrero 10 de 2000)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicado 11001-03-15-000-2021-01420-00 (C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; junio 3 de 2021)

Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de Prensa No. 08 Marzo 16 y 17 de 2022. Sentencia C-099 de 2022 (M.P. Karena Caselles Hernández)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 086 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio; febrero 24 de 2016)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 006 de 192 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; mayo 12 de 1992)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. P. SC229 (M.P. Aroldo Quiroz Monsalvo; octubre 25 de 1985)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 5507 (M.P. José Fernando Ramírez Gómez; enero 30 de 2001)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 9193 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; marzo 29 de 2017)

Couture, E. (2007) Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires. Editorial BdeF.

Decreto 1400 de 1970. Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil

Dei Vecchi, D. y Cumiz, J. (2019) Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Madrid. Editorial Marcial Pons.

De Montholon (1847) *Récit de la captivité de l'empereur Napoléon*, Paris. Paulin, Libraire - Éditeur

Devis Echandía, H. (1985) Compendio de Derecho Procesal. Bogotá. Editorial ABC. Tomo 1. Décima Edición.

Devis Echandía, H. (2015) Teoría General de la Prueba judicial. Bogotá. Editorial Temis. Sexta Edición.

Ferrer Beltrán, J. (2005) Prueba y verdad en el derecho. Madrid. Editorial Marcial Pons. Segunda Edición.

Ferrer Beltrán, J. (2007) La valoración racional de la prueba. Madrid. Editorial Marcial Pons.

Goldschmidt, J. (1936) Teoría General del Proceso. Barcelona. Editorial Labor.

Ihering, R. V. (1998) El espíritu del Derecho Romano. Granada. Editorial Comares, SL.

Josserand, L. (1952) Derecho Civil, teorías generales del derecho y de los derechos, las personas. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa – América. Bosch y Cía.. Vol. I. T. 1

Lessona, C. (1983) Teoría general de la prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc. Madrid. Editorial Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A.

Marinoni, L. G. (2007) Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Lima. Palestra Editores.

Mazeaud, H. L. y Mazeaud, J. (1969) Lecciones de Derecho Civil. Parte II. Vol. I. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa – América.

Michelli, G. A. (1961) La carga de la prueba. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa - América.

Nieva Fenoll, J.; Ferrer Beltrán, J. y Giannini, L. (2019) Contra la carga de la prueba. Madrid. Editorial Marcial Pons.

Parra Quijano, J. (1996) “El Futuro del Proceso Civil”. Ponencia. XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Parra Quijano, J. (2004) Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio. Bogotá. Editorial Temis.

Petit, E. (1910) Tratado elemental de Derecho Romano. Buenos Aires. Abogados Asociados Editores.

Peyrano, J. W. (2004) Cargas Probatorias Dinámicas. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni Editores.

Planiol, M. y Ripert, J. (1936) Tratado practico de derecho civil francés. Habana. Cultural S.A. T- 7. P. 759

Rocha Alvira, A. (1990) De la prueba en derecho. Medellín. Biblioteca jurídica Dike.

Rosenberg, L. (1956) La carga de la prueba. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa - América.

Taruffo, M. (2019) “Introducción”. *Contra la carga de la prueba*. Madrid. Editorial Marcial Pons.

Velez, F. (1926) *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Paris. Ediciones París-América. Tomo VI

Véscovi, E. (1996) *La Reforma de la Justicia Civil en Latinoamérica*. Bogotá. Editorial Temis. ISBN. 958-35-0109-3.

Villamil Portilla, E. (2020) *La carga de la prueba. Memorias XLI Congreso colombiano de derecho procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. 1119 – 1142.