



**La carga de la prueba y el deber-obligación de aportar pruebas en Colombia: un
acercamiento teórico-jurisprudencial**

Luis Enrique Herrera Navarro

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutor

Juan Felipe Vallejo Osorio, Candidato a Magister en Derecho Procesal

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Procesal
Medellín, Antioquia, Colombia

2021

Cita	(Herrera Navarro, 2021)
Referencia	Herrera Navarro, L E. (2021). <i>La carga de la prueba y el deber-obligación de aportar pruebas en Colombia: un acercamiento teórico-jurisprudencial</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XIV.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

La carga de la prueba ha sido una figura procesal ampliamente incorporada y desarrollada en la mayoría de los sistemas jurídicos procesales, como es el caso de Colombia a través del artículo 167 del Código General del Proceso. En este sentido, el cuestionamiento y la refinación continua de la teoría y la práctica procesal ha posibilitado la extensión de su entendimiento, como ha sido el caso de los estudios en materia de carga estática y dinámica de la prueba. Como efecto de ello, la evolución conceptual desde las perspectivas dogmática y jurisprudencial de estas figuras ha conllevado a la revaluación de postulados que permitan responder a las interrogantes de *qué debe ser probado y quién está en obligación de probar*. Ante esto, el *deber-obligación de aportar pruebas* es una categoría que ha sido perfilada como una posible herramienta procesal útil para dar respuesta a estas preguntas, específicamente, debido a la existencia de circunstancias que ubican a una de las partes en condiciones claramente mejores para demostrar la ocurrencia de hechos de especial relevancia para el proceso judicial.

Palabras clave: carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, deber-obligación de aportar pruebas, derecho procesal.

Abstract

The burden of proof has been a procedural figure widely incorporated and developed in most procedural legal systems, as is the case in Colombia through article 167 of the General Code of Procedure. In this sense, the questioning and continuous refinement of procedural theory and practice has made possible the extension of its understanding, as has been the case of studies on the static and dynamic load of evidence. As a result, the conceptual evolution from the dogmatic and jurisprudential perspectives of these figures has led to the revaluation of postulates that allow answering the questions of what should be proven and who is obliged to prove. Given this, the duty-obligation to provide evidence is a category that has been outlined as a possible useful procedural tool to answer these questions, specifically, due to the existence of circumstances that place one of the parties in clearly better conditions to demonstrate the occurrence of events of special relevance to the judicial process.

Keywords: burden of proof, duty-obligation to provide evidence, dynamic burden of proof, procedural Law.

Sumario

Introducción. 1. La carga de la prueba y su aplicación en Colombia. 2. El deber-obligación de aportar pruebas: una necesaria aclaración conceptual. 3. El deber-obligación de aportar pruebas: una posible salida a la carga dinámica de la prueba. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Con la evolución de la sociedad y las distintas formas de gobierno, el hombre se vio en la necesidad de renunciar a las leyes naturales y someterse al cumplimiento del contrato social para evitar que abusaran de su derecho en detrimento de su semejante. Para ello, las normas jurídicas permiten la regulación de la conducta humana en las relaciones de poder, desarrollan el régimen de autoridad política de orden social y dirimen los conflictos entre particulares, evitando que estos acudan a las vías de hecho.

Colombia es uno de los estados que adoptó dicho régimen de organización social y en su cumplimiento se compromete a la creación de leyes que permitan suplir las necesidades relevantes de la colectividad. Por consiguiente, tanto el Estado colombiano, como sus ciudadanos, están sometidos al cumplimiento de los derechos y obligaciones contemplados en la Constitución y la Ley.

Con la creación de la norma jurídica se busca, ante todo, la regulación de determinada área o materia, y al mismo tiempo, se prevén los vacíos jurídicos que pudiesen presentarse al momento de su aplicación. En este sentido, el Congreso de la República de Colombia buscó reformar el proceso civil colombiano con la expedición del Código General Proceso (en adelante CGP), Ley 1564 de 2012, tratando de acercar la justicia a los ciudadanos.

Por medio de esta creación legislativa se propendió por la materialización de una justicia pronta y oportuna, basada en los principios de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, informalidad, flexibilidad y dirección judicial desde su estructura y reglamentación.

Específicamente, este Código regula los procesos civiles, comerciales, de familia y agrarios; y subsidiariamente, los procesos laborales, de lo contencioso administrativo, en materia de seguridad social y en penal, cuando no exista una reglamentación especial en dichos procedimientos, y apuntando a la pronta y oportuna administración de justicia.

Se hace importante anotar la evolución que se ha dado en materia procesal a través de las últimas reformas, destacándose entre ellas la realizada al Código de Procedimiento Civil con la incorporación del sistema oral. Este es uno de los principales aspectos en función de la cuestión probatoria en sede procesal, y tiene su importancia en esta materia como defensa de la vida, la libertad y la dignidad, y su división frente a particulares y personas jurídicas de derecho privado. Se pueden apreciar los diferentes principios como el de publicidad y gratuidad, y una de las mayores ventajas, la celeridad de los procesos, favoreciendo la descongestión de los despachos judiciales.

Por otra parte, el sistema probatorio adoptado en el CGP es inquisitivo, en el sentido en que el juez puede decretar pruebas de oficio (art. 170) y también las partes pueden aportar sus dictámenes periciales en las oportunidades procesales, y si el término señalado para ello no es suficiente, se puede anunciar al juez para que otorgue un plazo adicional, el cual no será mayor a diez (10) días, según lo dispuesto en el artículo 227 del mencionado Código.

En relación con la carga de la prueba es necesario señalar que, aunque en Colombia se ha definido la legislación que rige los procedimientos judiciales con el fin de establecer algunas reglas encargadas de regular este asunto probatorio, aún existen algunos problemas y deficiencias en la práctica judicial.

En primer lugar, la carga de la prueba se ha repartido entre las partes de acuerdo con ciertos estándares normativos, ante lo cual la teoría procesal ha considerado que esta figura se encuentra determinada y no puede ser transferida, e indicando que esta se ve directamente afectada por las alegaciones hechas al interior del proceso. Sin embargo, el tratamiento que esta figura ha recibido en el ámbito judicial ha derivado en un entendimiento difuso y abstracto de este principio, haciéndose necesario distinguir, por un lado, el concepto de “carga de la prueba” y, por el otro, el de “deber de aducir pruebas”.

Así las cosas, el primer término ha sido definido clásicamente por los autores franceses como una necesidad del litigante de establecer los hechos de los cuales depende el éxito de sus pretensiones, cuando aquellos sean impugnados (Martínez Simón, 2015). En otras palabras, la

carga de la prueba se ocupa de determinar *qué debe probarse y quién soporta las consecuencias de la ausencia de prueba*, concentrándose específicamente en los supuestos de hecho que la norma sustancial consagra y que, ausente de demostración al interior del proceso, dará lugar a que el juez niegue la declaración del efecto jurídico que la ley establece para el caso concreto (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017).

Teniendo en cuenta lo anterior, y ante lo estipulado en el inciso segundo del artículo 167 del CGP, se ha generado un entendimiento que algunos doctrinantes y pronunciamientos jurisprudenciales califican de erróneo, es decir, del *deber-obligación de aducir pruebas*. Esto se debe a que, en la búsqueda de concretizar el ideal de justicia distributiva que fue integrado en la Ley 1564 de 2012, el legislador dispuso que el juez podrá, de manera oficiosa o ante la solicitud de una de las partes, exigir probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación de mayor favorabilidad para proporcionar las evidencias o esclarecer los hechos objetos de controversia.

En vista de lo anterior, sectores pertenecientes tanto a la dogmática procesal, como a la jurisprudencia que versa sobre la categoría de carga de la prueba, han optado por la insistencia en el entendimiento y aplicación de la postura conocida como *teoría de la carga dinámica probatoria*, la cual ha puesto en tela de juicio la concepción clásica de la carga de la prueba y que, al igual que el *deber-obligación de aducir pruebas*, ha obtenido el importante mérito de propiciar un debate enriquecedor sobre la forma en que se configura la actividad probatoria y valorativa al interior de los procesos (Calvinho, 2020).

Sin embargo, y para efectos de este artículo, el entendimiento ofrecido por la jurisprudencia y parte de la doctrina procesal de la *carga dinámica de la prueba* (Acero Gallego, 2015) como herramienta judicial para responder a *qué se debe probar y quién está en obligación de probar*, solo será empleado para un acercamiento teórico a la aplicación del *deber-obligación de aportar pruebas*, figura que se considera consagrada a partir de lo dispuesto en el Artículo 167, inciso 2°, del Código General del Proceso, que busca resolver estas interrogantes y que será explicada en detalle en el capítulo segundo.

Dicho lo anterior, la inclusión de una disposición normativa como la señalada dio lugar al surgimiento del *deber-obligación de aportar pruebas* como figura jurídica autónoma, la cual permite al juez requerir a una de las partes para que aduzca el material probatorio que, estando a su disposición, conlleve a una facilitación del descubrimiento de la verdad. En otras palabras,

dicha institución procesal se enfoca en la cuestión de quién es obligado a aportar determinadas pruebas en razón de contar con mejores condiciones para hacerlo (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017).

La coexistencia de estas categorías jurídicas en el ordenamiento normativo procesal colombiano exige entonces que, tanto el juez como las partes, no se preocupen únicamente por la determinación del éxito o castigo al interés exclusivo de la parte sobre la cual recae la carga de la prueba; sino que propende por el esclarecimiento de la verdad, a través de una participación activa del juez y de las partes en el descubrimiento de los supuesto fácticos que requiere la ley general, impersonal y abstracta, en virtud del principio de comunidad de la prueba.

Dicho lo anterior, la metodología para la realización de este texto se basó en la revisión de la literatura disponible en distintas bases de datos jurídicas, como Multilegis, Legis y Analítica Legis, las cuales ofrecen un mayor espectro de información que los motores de búsqueda tradicionales. A través de un enfoque cualitativo, el contenido del trabajo estará encaminado a la descripción de los conceptos relevantes y al abordaje de sus significados a través del material bibliográfico disponible sobre el tema.

Por ello, el presente trabajo se enfoca en describir el concepto de carga de la prueba y del deber-obligación de aducir pruebas en el ordenamiento jurídico colombiano, a la luz de su aplicación judicial. Esto, con el fin de aclarar y dejar en manifiesto los aspectos básicos de los términos mencionados, ante la falta de entendimiento jurídico de los mismos. Con esto en mente, será necesario, en primer lugar, identificar el concepto de carga de la prueba en Colombia, a partir de aportes teóricos y jurisprudenciales que versan sobre dicho tema.

Posteriormente, este texto se ocupará de exponer el concepto de deber-obligación de aducir pruebas, partiendo de lo dicho en la dogmática jurídica y en la actividad procesal colombiana. Finalmente, y con base en los anteriores aspectos, se procederá a presentar algunos argumentos con los cuales se reevalúa la pertinencia de la llamada carga dinámica de la prueba y los motivos por los cuales el deber-obligación de aportar pruebas se perfila como una posible respuesta procesal en Colombia, haciendo uso de consideraciones teóricas y jurisprudenciales.

1. La carga de la prueba y su aplicación en Colombia

A través de la dogmática jurídica en materia procesal, diversos autores han buscado dar un mayor entendimiento sobre el concepto de carga de la prueba y de los efectos derivados de su aplicación en distintos ámbitos de la práctica judicial. Originalmente, el derecho romano hizo sus primeros acercamientos a este concepto entendiéndolo como un deber procesal que recae sobre las partes en aras de salvaguardar su propio interés al interior de los procesos.

Por esto, quien reclamaba un derecho estaba supeditado a probar los hechos que fundamentaban sus pretensiones, defensa o excepciones, con la finalidad de evitar consecuencias como un fallo desfavorable ante la eventual negligencia de probar las situaciones fácticas que le correspondiesen (Semillero de Derecho Procesal Evelio Suárez Suárez, 2013).

En su momento, Lorenzetti (1997) señaló que el concepto de carga de la prueba ha sido estudiado en diversas disciplinas, pero que es en el análisis del derecho procesal donde se han definido los perfilamientos conceptuales más nítidos.

Así mismo, se tiene cuenta de posturas donde la carga de la prueba podría ser considerada como una categoría dentro de las obligaciones, de la cual no se desprende una sanción en sentido estricto, sino una decadencia. En otras palabras, el incumplimiento de la carga de la prueba genera una pérdida de carácter económico supeditada a un fenómeno de *autorresponsabilidad*. Sin embargo, un abordaje posterior de la figura acentuó su revisión en su carácter público y la asemejó a las numerosas imposiciones de esta naturaleza, usualmente contenidas en las constituciones, desligándose de la idea de libertad básica de los sujetos para cumplir o no con las cargas de la prueba y generando una menor aceptación en la doctrina mayoritaria.

Adicionalmente, Lorenzetti (1997) menciona la participación en este debate por parte de un grupo que, insistiendo en la libertad de los sujetos, señaló la conveniencia de observar determinado comportamiento al interior del proceso, con el fin de que las partes logren su aspiración de evitar consecuencias desfavorables en su contra, sin constituir sanción alguna como efecto de su inejecución.

Frente a lo anterior, Micheli (1961) consideró que la carga probatoria debe ser entendida como no constitutiva de deberes, sino de responsabilidad; puesto que esta figura crea la necesidad de una determinada conducta para lograr un resultado jurídico específico. Sin embargo, el sujeto cuenta con la libertad de organizar su propio accionar como mejor le parezca,

afrontando los resultados que por su conducta devienen. Por el contrario, sí genera el deber de actuación en el juez, exigiendo correspondencia con el criterio de la carga probatoria y teniendo en cuenta las limitaciones que sus poderes instructorios y decisorios le imponen.

Como parte de la discusión, Carnelutti (2018) consideró la existencia de la distinción entre el acto necesario, el cual debe ejecutarse si se busca obtener una finalidad en interés propio, y el acto debido, que es el acto jurídico clásico. No obstante, esto ha sido problematizado al interior del debate procesal, preguntándose si el entendimiento de la carga de la prueba obedece a un interés jurídico, con lo que se asimilaría a la carga de la obligación; o, por el contrario, si esto se trata de un fenómeno de carácter extrajurídico, de mera coacción psicológica (Lorenzetti, 1997).

Por su parte, Liebman (1980) aseveró que la figura de la carga de la prueba adquiere su mayor relevancia en el momento en que el juez da lugar a su decisión, puesto que es en esta oportunidad en la que ha de fijar las consecuencias de la falta de la prueba, pronunciándose de forma desfavorable hacia la parte que ha debido de aportarla. Al respecto, el mencionado autor afirmó que la regla de la carga de la prueba se resuelve en el momento de la decisión, representando la natural consecuencia de la falta de demostración de los hechos que justifican la pretensión de la parte sobre la cual recaía dicha carga. Es decir, una *sanción* derivada de la falta de cumplimiento de la carga por obra de quien, estando sujeto a ello, no actúa en favor de satisfacer la necesidad de probar.

Así mismo, se consideró que los dos aspectos de esta regla, la carga de probar para la parte y la de juicio para el juzgador, no pueden ser disociadas ni contraponerse, puesto que son estricta y lógicamente conexos entre sí, formando los dos lados y los dos momentos inseparables de una regla de carácter unitario.

Ahora bien, Ramos Méndez (1986) consideró que el juez, al momento de la evaluación probatoria y antes de decidir, podría encontrarse con hechos necesarios de prueba y que, no obstante, no fueron acreditados durante la ejecución del juicio. En todo caso, el juez seguiría estando obligado a fallar el pleito, pues así se los imponía la Ley; es decir, no podría aducir la falta de pruebas para omitir pronunciarse.

En situaciones como la anteriormente descrita, la postura de Ramos (1986) es la de considerar que la carga de la prueba ofrece un mecanismo sustitutivo que opera mediante el cuestionamiento de *qué debiera ser probado y quién debería probarlo*. Es en el responsable de

dicha demostración sobre quién recaería el perjuicio de falta de prueba, toda vez que el juez actúa en consonancia con dicha figura y debería atribuir las consecuencias de su omisión al litigante que se encontrase gravado con la carga de probar; afirmando entonces que la carga de la prueba es el correctivo a la posibilidad de *non liquet*.

Para Rosenberg (2002) cobra vital importancia aclarar una limitación trascendental cuando se define la carga de la prueba, y es que no ejerce ninguna influencia sobre esta institución procesal la aplicación del principio de buena fe entre las partes, ni la existencia de dificultades o imposibilidad ante el suministro de una determinada prueba. Adicionalmente, señala que, incluso ante la existencia de barreras que impidan o dificulten a una de las partes la aportación del material probatorio necesario para demostrar los hechos que le atañen, no podrá haber modificación alguna del principio de carga de la prueba.

Por otra parte, Devis Echandía (2017) explicó que, con el fin de entender la operatividad de la carga de la prueba, era necesario, en primer lugar, tener en cuenta la existencia de las llamadas *cargas procesales*, consistentes en situaciones que la ley instituye, y que comportan o exigen una conducta de realización facultativa.

Las cargas procesales presuponen resultados que, ante la realización u omisión de determinadas circunstancias fácticas, conllevarán a la consecución del interés propio del sujeto sobre el que recaen o a la generación de efectos desfavorables sobre el mismo. Por ejemplo, la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal, e inclusive la pérdida del derecho sustancial que se encuentra debatido en el juicio (Devis Echandía, 2012)

En este sentido, las cargas procesales se caracterizan por otorgar la facultad de cumplirlas o no al sujeto a quien se las impone la ley, sin que esto conlleve a que el juez u otra persona ejerza coerción alguna sobre el primero para lograr su ejecución; situación contraria a lo que ocurre con las obligaciones. Por ello, si se busca un determinado resultado, tendrá que cumplirse con estas cargas; mientras que, su inobservancia, podrá acarrear consecuencias desfavorables para el sujeto que decida no soportarlas (Rosillo & Calvino, 2020).

De forma ampliamente aceptada, se considera que la carga de la prueba es una noción de carácter procesal, la cual contiene a su vez una regla de juicio que le establece indicaciones al juez sobre el cómo debe fallar cuando no se encuentren pruebas suficientes en el proceso, para dar certeza sobre los hechos en los cuales debe fundamentar su decisión. Al mismo tiempo, y partiendo de su calidad de carga procesal, esta figura determina a cuál de las partes le interesa

la prueba de tales hechos a fin de evitar las consecuencias negativas de su omisión (Semillero de Derecho Procesal Evelio Suárez Suárez, 2013).

Hasta la actualidad, la teoría procesal ha venido perfilando una concepción de la carga de la prueba a partir de las consideraciones de Rosemberg en la doctrina alemana, de la italiana de Michelli, y desde la latinoamericana de Devis Echandía, y que propende por concebir esta institución procesal como una facultad de obrar en beneficio propio, sin una coacción o ilicitud mediante; es decir, una conveniencia práctica, no como deber jurídico, sino como imperativo del interés propio (Lorenzetti, 1997).

Bajo dicha concepción, es posible afirmar que la carga de la prueba se configura como una facultad adjudicada a las partes para probar, en beneficio de sus propios intereses, los hechos en los cuales se fundamentan sus pretensiones. De ello se deriva que no puede obligarse a alguien a probar y que, en caso de no hacerlo, el hecho no será considerado por el juez en el momento de sentenciar.

Específicamente para Devis Echandía (2012), al solicitarle a un juez la aplicación de una norma jurídica, será necesario identificar los hechos que exigen ser probados por la parte que solicita la aplicación de dicha norma; esto no es otra cosa que la materialización de la carga de la prueba encargándose de definir los hechos que son necesarios para apoyar una reclamación y que son objeto de controversia en el juicio.

Por consiguiente, el concepto mencionado se refiere a la cuestión de lo que hay que probar; aspecto ciertamente primordial que pareciese recibir menos atención por parte de la doctrina contemporánea. Esto se debe a que, en la actualidad, la literatura procesal ha tenido un gran interés por determinar *quién tiene que probar* cada hecho relevante (Duarte Villarreal, 2017).

Concentrándose en la pregunta de *quién debe probar* dentro de la carga de la prueba se ha generado una doble vertiente, estimando que, por un lado, se trata de saber qué parte debe aportar materialmente los elementos de prueba relativos a un hecho concreto y, por el otro, de saber quién será desestimado por no aportar pruebas suficientes. En otras palabras, la primera se refiere a la organización material de proceso; mientras que la segunda, se concentra en las consecuencias que el juez deberá extraer ante el incumplimiento de la parte sobre la cual recae la carga de la prueba.

Partiendo de lo anterior, la noción de *riesgo de la prueba* permite distinguir las consecuencias que derivan sobre la parte en la cual recae la carga de la prueba encaminada a demostrar la ocurrencia de los hechos fundadores de un hipotético litigio. Este riesgo probatorio enlaza los cuestionamientos de *quién debe probar* y el de qué efecto procesal se desprende por la duda del juez frente a los hechos sujetos a controversia. No obstante, se sigue sosteniendo ampliamente que la respuesta a dichos interrogantes deberá estar fuertemente sujeta al principio de que la duda debe beneficiar al demandado, tal y como se ha aplicado en la jurisprudencia (Díaz-Restrepo, 2016).

Autores como Bentham (2000), por ejemplo, han optado por insistir en una teoría relativamente minoritaria, por medio de la cual consideran que el entendimiento rígido de la carga de la prueba presenta infinitas dificultades en el sistema de procedimiento técnico. Por ello, aboga a que la obligación de la prueba debe ser determinada en cada caso individual e impuesta a aquella parte que se encuentre en condiciones de practicarla con menos inconvenientes, dilaciones, vejámenes y gastos.

En igual sentido, Peyrano y Chiappini (2004) señalaron que, de acuerdo con las circunstancias específicas del caso, las cargas probatorias pueden ser desplazadas hacia cualquiera de las partes y, de esta manera, será posible llegar a servir mejor a la justicia en relación con el asunto que se presenta ante los estrados judiciales, lo cual se constituye como meta del proceso civil contemporáneo. Esta postura, retomando parte de una tendencia que se encontraba ya superada en los debates doctrinales alemanes, defiende la tesis de facultar, en determinadas situaciones, al juez para que distribuya las consecuencias derivadas de la falta de prueba del hecho carente de demostración (Calvinho, 2020).

Ante esto, es importante remitirse a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil (2017), la cual acude a explicaciones como la de Rosemberg para aclarar que la carga de la prueba se preocupa por responder a las preguntas *qué debe probarse* y *quién soporta las consecuencias de la ausencia de prueba*, entiendo de forma previa que los supuestos de hecho que requieren demostración al interior del proceso serán aquellos consagrados en la norma sustancial.

En relación con estos cuestionamientos, la teoría procesal clásica se ha valido de las categorías de carga *subjetiva* y *objetiva* para explicar la aplicación y el alcance de la carga de la prueba debido al sujeto sobre el cual recae y de los hechos que son materia de litigio. En este

orden de ideas, cuando se hace referencia a *quién* está llamado a probar al interior del proceso, es decir, sobre quiénes yace la carga de la prueba frente a los hechos alegados, se habla entonces de *carga subjetiva* (Groia, 2003).

Por el otro lado, cuando se habla de la *carga objetiva* de probar no se pretende determinar cuál será el litigante con el deber de aportar unas pruebas específicas; sino que se intenta designar cuáles son los hechos que requieren ser probados al interior del juicio para evitar el riesgo de que el juez dé por probado un supuesto contrario de forma automática y, al mismo tiempo, da lugar a entender cuál será la parte perjudicada como resultado de la falta de prueba de un hecho de relevancia para el proceso (Nieva Fenoll, 2020a).

Sobre esta diferenciación, Peyrano y Chiappini (1984) consideraron que los planteamientos doctrinales frente al tema establecían reglas en exceso rígidas y que, además, impedían tener en cuenta las circunstancias propias de cada caso. En otras palabras, el obedecimiento mecanizado a las disposiciones que fijaban el qué debía ser probado y en cabeza de quién estaba la carga de probar no daban cabida a entender como posible una solución distinta a estos constantes interrogantes.

Por ello, estos autores optaron por ofrecer dos aproximaciones distintas al fenómeno, primero, indicando que debe suponerse como normal y regularmente acontecido la ocurrencia de un hecho que no fue esclarecido a través de las pruebas. Y segundo, que, en vista de unas mejores condiciones para la producción de un elemento probatorio por parte de uno de los litigantes, la regla de distribución deberá imponer la carga de la prueba en cabeza de quien se encuentra en una situación de favorabilidad frente a su descubrimiento (Peyrano & Chiappini, 2004).

Así las cosas, la doctrina procesal se preocupó por profundizar este segmento de la discusión, para lo cual dio uso a planteamientos que estaban precedidos por las construcciones de Bentham e incluso perfilados desde las épocas del derecho germánico (Calvinho, 2020). La postura derivada de esta cuestión propone, a grandes rasgos, que la carga de la prueba, en su dimensión subjetiva, puede llegar a reposar sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en una mejor condición o facilidad para probar un hecho (Pérez Restrepo, 2011).

En Colombia, este denominado “sistema de la carga dinámica” se logró posicionar ante la mayoría de los sectores de la doctrina procesal como un cambio fundamental frente al modelo probatorio que se tenía anteriormente en el país (Parra Quijano, 2017). Sin embargo, conllevó

a la preocupación frente a la labor del juez durante el desarrollo del proceso, toda vez que el empleo de esta figura presuponía una mayor complejidad a la actividad del juzgador (Acero Gallego, 2017).

Para autores como Trujillo Cabrera (2006) era posible sostener que la *carga dinámica* de la prueba consiste en hacer de incumbencia de ambas partes la necesidad de probar aquellos hechos que les resulten de mayor facilidad acreditar, en contraposición a la extrema dificultad que supone para el adversario su demostración, lo cual debe ser visto de conformidad con la experiencia que rodea a cada proceso.

Recurriendo a planteamientos expuestos anteriormente, la Corte Constitucional se ha referido a las cargas procesales en la Sentencia C-086 de 2016, considerando que estas son aquellas situaciones que se encuentran instituidas a través de la ley y que comportan o requieren una actuación de cumplimiento facultativo. Usualmente, dichas cargas están establecidas en interés de los sujetos sobre los cuales recaen y su omisión conlleva consecuencias desfavorables para los mismos, como la preclusión de la oportunidad o la pérdida de un derecho sustancial que se encuentra debatido en el proceso (Colombia. Corte Constitucional, 2016).

Mientras que, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral ha explicado que el requerimiento que hace el juez a una de las partes, con el fin de que aporte material probatorio que está a su alcance, no puede ser comprendido como una carga; toda vez que estos son actos de mera liberalidad que pueden ser realizados o no por los sujetos procesales, según bien lo consideren, y que han de ser ejercidos bajo su propio interés y conveniencia para la obtención del éxito en el proceso. La carga y su cumplimiento es entonces de interés exclusivo de la parte investida por ella (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017).

Paradójicamente, ha sido la Corte Constitucional la que, en reiteradas ocasiones, reconoce la aplicación de la llamada *teoría de la carga dinámica de la prueba*, por ejemplo, indicando que, en términos abstractos, dicha postura es compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y con la función que fue atribuida a los jueces en su papel de garantes de la tutela judicial efectiva (Colombia. Corte Constitucional, 2016).

Debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento de la Corte Constitucional proviene de una sentencia de constitucionalidad, lo cual implica que el análisis hecho sobre la carga dinámica de la prueba deba ser entendido en sí mismo como una extensión propia de la Constitución.

No obstante, y partiendo de las consagraciones normativas que rigen la materia, la doctrina procesal se ha encargado de perfilar nuevas propuestas teórico-prácticas que buscan aproximarse de forma distinta a lo expuesto por la Corte Constitucional en relación con la carga dinámica de la prueba; entre dichas propuestas, se encuentra la figura del *deber-obligación de aducir pruebas* (Calvinho, 2020).

Frente a la carga dinámica, por ejemplo, Devis Echandía (2012) ha considerado que, si la ley otorgase a los jueces facultades para determinar los hechos que debe probar cada parte a través de una libre distribución de la carga de la prueba, se estaría frente a una regla subjetiva y singular, lo cual es ajeno a lo dispuesto por los legisladores y lo expuesto por la doctrina.

Para entender mejor esta aplicación de lo dispuesto por el artículo 167, inciso 2°, del Código General del Proceso, se hace necesario acudir a entender en mejor medida a lo comprendido a través de la institución del *deber-obligación de aducir pruebas*.

2. El deber-obligación de aducir pruebas: una necesaria aclaración conceptual

La consagración normativa incorporada a través de la expedición del Código General del Proceso, en su artículo 167, inciso 2°, dio lugar a que, de forma extensiva, se considerase aceptada la llamada *teoría de la carga dinámica de la prueba*. Ante esto, y como se mencionó al término del capítulo anterior, la Corte Constitucional (2016) ha considerado que dicha institución busca que quienes acuden a un proceso judicial en calidad de parte no limiten su participación al refugio de la diligencia del juez; sino que, por el contrario, asuman un rol activo donde no se relegue el beneficio de estos a la existencia de dificultades o infortunios de su contraparte.

Siguiendo esta idea, la Corte afirma que el principio de carga de la prueba admite excepciones en cuanto a la verificación de ciertos hechos, lo que en ocasiones se deriva del reconocimiento que quien, estando en capacidad de observarlo, da a hechos de amplia difusión, como ocurre con los hechos notorios. Asimismo, existen circunstancias que, a raíz de su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar, se hacen imposibles de ser demostrados por quien los alega de manera lógica y ontológica. Y, finalmente, se refiere a las que son consecuencia de la existencia de distintas presunciones legales o de derecho, que favorecen a aquella parte que

logra probar la ocurrencia de un hecho conocido que dota de credibilidad al hecho principal y desconocido (Colombia. Corte Constitucional, 2016).

El pronunciamiento de la Corte Constitucional conllevó a que, partiendo de las categorizaciones judiciales, la dogmática jurídica nacional se concentrase en desarrollar postulados encaminados a extender, profundizar e incluso rebatir la llamada dimensión dinámica de la carga probatoria. No obstante, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil se permitió considerar que, a la luz de las disposiciones normativas y de los sentidos dogmáticos que han identificado la figura de carga probatoria, lo más acertado sería distinguir entre *carga de la prueba* y *deber-derecho de aducir pruebas* (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017).

Para ello, la Corte Suprema parece apartarse de la conceptualización desarrollada por la Corte Constitucional, y asevera que esta categoría solo puede estar referida a la demostración de los presupuestos fácticos que están directamente contenidos en las disposiciones jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto. Permitir al juez crear o suprimir elementos normativos a su antojo conllevaría a la incursión de una indebida aplicación de la ley sustantiva.

En este sentido, la carga de la prueba se erige como una regla de conformación organizativa de la decisión judicial del fallador y los elementos de su distribución solo podrán estar establecidos por la norma sustancial que regula el pleito, o por una presunción de carácter legal, y nunca por una creación de origen judicial (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017).

Frente a esto, debe aclararse la importancia conceptual que da la Corte Suprema a la existencia de reglas previas, claras y precisas, que permitan la exigencia de un determinado comportamiento en las partes o en el juzgador. Por ejemplo, puede notarse que, los pronunciamientos contenidos en diversas sentencias de la Corte no rechazan la necesidad del juez de actuar de conformidad con el mandato impuesto por el inciso 2° del Artículo 167 del CGP, puesto que, en aras de la verdad material, el juez podrá decretar pruebas de oficio en un escenario de incertidumbre sobre un hecho de alta relevancia para la decisión de un litigio (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2010).

En igual sentido, es reiterado el reconocimiento de la Corte a una consagración normativa del *deber de aportación*, inicialmente por vía jurisprudencial y actualmente positivizado, permitiendo exigirle a una de las partes que, encontrándose en situaciones más

favorables para aportar evidencias, acredite un determinado hecho de relevancia para el proceso (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2021).

Dichas afirmaciones derivan del reconocimiento que hizo el Legislador al determinar que la carga de la prueba se atribuye, no con un criterio subjetivo simplista que entiende que la parte que alega un hecho deberá probarlo; sino con uno directamente relacionado con los supuestos fácticos que soportan las posturas de las partes (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2021). En otras palabras, cuando se está frente al asunto probatorio, y luego de haber determinado el tipo de hecho que debe ser probado, la primera acción del juez deberá identificar a quién corresponde probar la ocurrencia de este en función de su naturaleza y relevancia para la posición procesal de quien alegase dicha situación en su favor (Damián Moreno, 2007).

La justificación de dichos razonamientos parte de los presupuestos que brinda la doctrina procesal, por ejemplo, acudiendo a los planteamientos de Rosenberg (2002) cuando mencionó que la *primera y única* condición de una correcta distribución de la carga de la certeza y de la prueba recae en el análisis y descomposición de las disposiciones normativas y de sus características.

Adicionalmente, dicho doctrinante considera imposible combatir el concepto de la carga de la certeza y de las consecuencias derivadas del mismo a partir de argumentos que surgen de la *carga subjetiva* de la prueba; y, en oposición, contrariar a esta última figura con razonamientos que solo cobran sentido cuando se observan desde la *carga objetiva* de la prueba; o de igual forma lucha contra uno de estos conceptos por el motivo de ser partidario del otro (Rosenberg, 2002).

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia se apropió de esta idea, aclarando la inexactitud en la que incurrió Rosenberg al referirse a *carga subjetiva* de la prueba (y que el mismo autor reconoció ante la falta de haber ingeniado un concepto más acertado), y derivando de dicha explicación lo que es entendido como el *deber-obligación de aportación de pruebas*. Puesto que, cuando se autoriza al juez a ordenar la suministración de pruebas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de proveerlas, solo se está materializando esta figura procesal como afianzadora del ideal de justicia distributiva que dispuso el legislador (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017).

Esto significa que el *deber-obligación de aportar pruebas* no solo se configura entonces como un mandato al sentenciador al momento en que se decide la controversia, sino que recae

sobre las partes en las etapas en las que les sea posible y necesario aducir elementos materiales requeridos para el esclarecimiento de la verdad. Su inobservancia por la negligencia de la parte obligada a colaborar con la práctica probatoria no podrá ser entendida como el motivo de declaración de la consecuencia jurídica contenida en la norma sustantiva; sino que, de forma autónoma, se tendrá como indicio de una conducta que deberá ser valorada desde la libre apreciación racional de las pruebas (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017).

En relación con esto, Calvino (2020) considera que existen inconvenientes de la errónea interpretación del *deber-obligación de probar* como una *carga dinamizada de la prueba* acarrea una violación al derecho de defensa, toda vez que permitiría dejar de lado el entendimiento de la *carga de la prueba*, en sentido estricto, con el fin de imponer una consecuencia distinta que la estipulada normativamente ante la carencia de prueba.

La actividad complementaria de aportar pruebas cuenta con determinadas sanciones normativamente provistas, de forma independiente a la *carga de la prueba*, y se rige por otras reglas que deberán permanecer inalteradas. En este sentido, se reitera que, ante el incumplimiento de dicho deber, se tendrá generalmente la consecuencia de aplicar una presunción legal que incluso servirá como indicio para formar una presunción *hominis*, lo cual dista del cambio en la distribución legal del *onus probandi* (Calvino, 2020).

En esencia, el *deber-obligación de aducir pruebas* exige la realización de ciertos actos, en algunos casos, a requerimiento del adversario (sobre quien sí recaería la carga de la prueba, como parte integradora y necesaria para la producción probatoria que se impulsa en un proceso. Por lo tanto, el comportamiento que dicha figura exige al litigante no puede ser entendido como una obligación de comprobar la ocurrencia de un hecho necesitado de prueba ni su demostración (Calvino, 2020).

Por ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (2017) ha considerado la figura del *deber-obligación de aducir pruebas* como una verdadera constricción determinada por el juez para exigir a una de las partes la entrega del material que se encontraba a su disposición bajo mejores condiciones de acceso, frente a una parte que se encuentra en una inmensa desventaja de probar al estar en estado de indefensión, incapacidad o de otras situaciones similares.

Lo anterior debe ser visto entonces a la luz del deber que recae sobre las partes de contribuir en el esclarecimiento de la verdad material del asunto que se debate; es decir, por una

parte, a quien originalmente promueve el litigio se le exige que presente oportunamente, y de conformidad con los rituales procesales establecidos por la ley, los elementos probatorios que propenden demostrar la fundamentación de sus pretensiones; y, por otra, al convocado a juicio se le requiere que despliegue una conducta igual, ahora en favor de su defensa, y soportando las consecuencias adversas en caso de no hacerlo (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2018).

Así las cosas, y como se indicó anteriormente, la carga de la prueba responde a las preguntas “qué debe probarse” y “quién soporta las consecuencias de la ausencia de dichas pruebas”. Por ello, y como fue expuesto previamente, la figura del *deber-obligación de aportar pruebas* también genera un mandato específico frente al juez y es que si, habiéndose desplegado la actividad probatoria por parte de los litigantes, se identifica que no se ha logrado recaudar parte de la información necesaria o jurídicamente relevante para emitir su veredicto que se ajuste a la verdad real y a la justicia material, el sentenciador se encuentra facultado (y llamado, en determinados escenarios) para decretar oficiosamente la práctica de pruebas (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2018).

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que, gracias a la facultad del juez para solicitar a una de las partes la entrega de material probatorio bajo unas circunstancias determinadas, existe una figura previa que genera en las partes el deber de aportar dichos elementos (Nieva Fenoll, 2019). En este caso, cuando la parte requerida se encuentra en mejores condiciones de allegar una prueba, ante un claro estado de indefensión, incapacidad o bajo otras circunstancias semejantes (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017).

Es importante aclarar entonces que, si bien existe un llamamiento a que el juez oriente de forma activa en el proceso de esclarecimiento de los hechos que son materia del litigio, no puede dejarse al fallador la exclusiva responsabilidad de lo pertinente a la carga de la prueba, mucho menos dejar esta desatendida cuando se es parte en el juicio (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2016b).

Este entendimiento del papel del juez termina siendo la materialización de distintos principios consagrados en la Carta Política, y en especial el cumplimiento del contenido axiológico de la justicia constitucional. Para este fin, el ordenamiento jurídico le brinda al director del proceso, entre otras, dos herramientas de carácter esencial para el proceso, como la iniciativa probatoria de oficio, mencionada anteriormente y que debe reconocer siempre las

reglas de aportación, y el control sobre las actuaciones de las partes sujeto al principio de buena fe procesal (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2016a).

Siguiendo este orden de ideas, el papel del juez y de las partes, frente a lo que debe ser probado y sobre quién recae la carga de hacerlo, es visto con miras a concretar el derecho fundamental de administración de justicia para los litigantes. Este cuenta con dos perspectivas en este escenario; por un lado, es la posibilidad de los ciudadanos de acudir ante los funcionarios judiciales para depositar en ellos la resolución de una pugna; y, por el otro, se concentra en el pronunciamiento judicial que decide de forma ajustada a la realidad procesal (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2016a).

Si se tiene en cuenta que la etapa demostrativa del juicio contiene una parte muy importante de la actividad judicial, es apenas entendible que, con el cobijo de los axiomas propios del Estado de Derecho, al juez se le dote en estos espacios de un rol con protagonismo en las controversias que llegan a su conocimiento, teniendo el deber de buscar que se alleguen los elementos de convicción necesarios para satisfacer la expectativa de los litigantes de conformidad con la ley (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2016a).

Como ha podido señalarse anteriormente, la función del juez no puede entenderse como la del primer llamado a hacer que los elementos probatorios sean allegados al proceso; sino que, operando en situaciones específicas, deberá proceder cuando exista utilidad y necesidad de la prueba debido a exigencias legales o de circunstancias propias del tipo de proceso que se adelanta (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2000). Esta imposición se da en aquellos casos donde es obligatorio que se ordenen y practiquen dichas pruebas y, al mismo tiempo, pretendiendo evitar que se profieran fallos inhibitorios y no generar nulidades; es decir, ocurre en eventos donde no puede eludirse el decreto de pruebas de oficio, o se corre el riesgo de una omisión que pueda afectar la sentencia (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2008).

Además, debe recordarse la facultad discrecional del juzgador de acudir al mecanismo de las pruebas de oficio cuando este sirva al fin de aclarar la confusión o vacíos que en la construcción fáctica interesan al proceso. No obstante, estas posibilidades no deben obviar los casos en los cuales se presenta una actitud pasiva, o incluso omisiva, del litigante sobre el que recae la carga de probar determinados elementos fácticos, bien sea en favor de las pretensiones que dan origen al proceso, o de las defensas de los convocados (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2013).

3. El deber-obligación de aportar pruebas: una posible salida a la carga dinámica de la prueba

Se entiende ahora que el *deber-obligación de aportar pruebas* se presenta, por una parte, como un mandato al juez para orientar el proceso en aras de la búsqueda de esclarecer la verdad procesal y, por el otro, como una responsabilidad sobre las partes en las etapas en las que les sea posible y necesario aducir elementos materiales requeridos para el esclarecimiento de la verdad. Al respecto, es importante aclarar que, cuando se trata del requerimiento que hace el juez a una de las partes, con el fin de que introduzca el material probatorio que está a su alcance, dicha acción no puede ser comprendida como la imposición de una carga; toda vez que estos son actos de mera liberalidad que pueden ser realizados o no por los sujetos procesales, según bien lo consideren, y que han de ser ejercidos bajo su propio interés y conveniencia para la obtención del éxito en el proceso. La carga y su cumplimiento es entonces de interés exclusivo de la parte investida por ella (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2017).

Dicho lo anterior, es ahora entonces necesario profundizar en los análisis que, más allá de enfocarse en determinar cómo se definiría la figura procesal adecuada, han presentado razones y argumentos relevantes para que posturas altamente dominantes en la doctrina y la jurisprudencia sean revaluadas en aras del refinamiento continuo de la conceptualización y práctica judicial. Este es el caso de la nombrada teoría de la carga de la prueba, la cual ha sido calificada en algunos escenarios como una modalidad de finalización del proceso y una causal de fracaso para la valoración de la prueba (Nieva Fenoll, 2019).

Frente al asunto, se ha afirmado que, al proceso judicial, en aplicación de la carga de la prueba, le ha interesado realmente la determinación de la carga objetiva de la prueba, es decir, la averiguación de la veracidad de los hechos objeto del litigio. Por lo tanto, se ha relegado a un momento posterior del juicio la fijación de cuál parte se verá perjudicada por la falta de prueba de un hecho; aseverando incluso que la respuesta a ello siempre será obvia: será quien pretenda la aplicación de un efecto jurídico de un hecho, quien padecerá el resultado negativo si este no se haya probado (Nieva Fenoll, 2019).

En su ensayo, Nieva Fenoll (2020a) sostiene que, desde los postulados de Rosenberg en relación con la carga subjetiva de la prueba, ya se habría evolucionado hasta un punto en el cual

la concepción original del *onus probandi* se encontraría superado en su aplicación en el sistema de la prueba legal. Para el primero, cuando Rosenberg afirmó que debía tenerse en cuenta todo el contenido de lo esclarecido en el proceso sin importar qué parte lo aportó, se adoptó el modelo de libre valoración y, por consiguiente, se debió haber abandonado el concepto de carga de la prueba por ser un elemento de un sistema probatorio que habría dejado de existir.

De acuerdo con esta lectura, aunque ya no era principalmente relevante identificar quién había aportado una determinada prueba al proceso, sí lo era entender quién habría de verse perjudicado con la falta de demostración de un hecho. Así, esta figura se alejaría definitivamente de lo entendido por *carga*, puesto que esta no recaería sobre nadie específicamente, y se tendría un cúmulo de hechos necesitados de prueba (Nieva Fenoll, 2020a).

Más específicamente, Calvino (2020) hace un análisis similar de la teoría de la carga dinámica de la prueba, principalmente difundida en Latinoamérica a partir de los planteamientos de Peyrano y Chiappini. Seguidamente, frente al trabajo de estos últimos, Gustavo Calvino expresa que estos acudieron a los avances de James Goldschmidt para rescatar su concepción dinámica del derecho y, posteriormente, se concentraron en señalar que el diseño de las reglas propias de la carga de la prueba operaba de forma estática.

De acuerdo con Peyrano y Chiappini (2004), se estaría frente a la carga dinámica de la prueba cuando, en primer lugar, ante una falta de demostración de un hecho, habrá de suponerse que los sucesos transcurrieron de conformidad con el comportamiento esperable de una determinada situación; por ejemplo, si se sabe que la visibilidad en la noche no es perfecta, quien afirme lo contrario deberá acreditarlo y, para ello, podrá intentar probar que la visión en aquel hipotético espacio era perfecta gracias a la existencia de múltiples y potentes lámparas (Calvino, 2020). En segundo lugar, se retorna entonces a aquellos casos donde se le da un tratamiento de *regla de distribución* de la carga de la prueba, lo cual ocurre cuando se traslada a la parte que cuente con mejores condiciones para su producción o descubrimiento (Peyrano & Chiappini, 2004).

Lo anteriormente dicho ha sido objeto de revisión por parte de la doctrina procesal, la cual ha encontrado problemáticas en las definiciones ofrecidas por Peyrano y Chiappini. Muestra de ello es que, en relación con la búsqueda de *dinamismo* en las reglas de la carga de la prueba, autores como Alvarado Velloso (2009) sostienen que la norma jurídica procesal es en sí misma dinámica, refiriéndose a que una conducta determinada de un sujeto desencadena

necesariamente una secuencia de comportamientos de otro u otros sujetos como resultado de la orden proferida por la norma. Es decir, la organización del conjunto normativo es, en sí misma, dinámica y entiende la posibilidad de responder de forma distinta ante circunstancias diversas, a partir de la realización de acciones específicas realizadas por los sujetos a los que regula. Sin embargo, no puede trasladarse este dinamismo directamente al concepto de carga de la prueba de forma que se desentienda la estructura propia de la figura, resultando difícil aceptar que la carga sea asumible por la contraparte.

Haciendo uso de este razonamiento, Calvino (2020) considera que la conceptualización ofrecida por parte de Peyrano y Chiappini frente a la carga dinámica podría dar lugar a situaciones que no encontrarían fácil aceptación, por ejemplo, si se trasladase la carga procesal de contestación de la demanda del demandado al accionante, lo cual sería una desnaturalización del concepto de dinamismo el traslado del *onus probandi* de un litigante al otro.

La teoría de las cargas dinámicas de la prueba se fundamenta en el entendido de que la carga recaerá sobre la parte que cuente con mejores condiciones para su producción, bien sean estas facilidades técnicas, profesionales o fácticas, sin perjuicio de la calidad de actor o demandado (Tejeiro & Sinimlat, 2019). Así mismo, dicha teoría afirma que altera las reglas tradicionales de la carga de la prueba, haciéndolas más elásticas y ligeras, lo que resulta en la transferencia de un mayor peso probatorio en cabeza de una de las partes.

Por último, sería posible afirmar que las bases de esta teoría provienen del funcionamiento armónico de las reglas de la carga de la prueba tradicionales, la aplicación de los principios de justicia en el caso específico, de los deberes del juez frente a la orientación del proceso y de los deberes que tienen las partes en relación con su conducta procesal (Lépori White, 2004).

Retomando algunas de las problemáticas que se señalaron en apartes anteriores de este texto, debe entenderse que la teoría de la carga dinámica de la prueba genera diversas preocupaciones frente a los efectos de su aplicación (Nieva Fenoll, 2020b). Por ejemplo, esta propuesta altera sustancialmente las facultades decisorias del juez frente a las instrucciones objetivas que la norma procesal dirige sobre este para el desempeño de su rol de orientador del proceso.

En este sentido coinciden Devis Echandía (2012) y Calvino (2020) considerando que, si la ley facultase a los juzgadores para determinar los hechos que debe probar cada parte a

través de una libre distribución de la carga de la prueba, en la realidad, se estaría frente a una regla subjetiva y singular, lo cual es ajeno a lo dispuesto por los legisladores y lo expuesto por la doctrina.

En vista de lo expuesto a lo largo de este escrito, la figura del *deber-obligación de aportar pruebas*, que sería entendida como producto de una consagración normativa a través del inciso 2° del Artículo 167 del CGP, emplea un lenguaje que delimita la función oficiosa del juez para solicitar a una u otra parte el aducir pruebas para la demostración de hechos específicos.

Esto se reafirma a través de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que han sido referenciados previamente, limitando entonces estas potestades a criterios de racionalidad argumentativa para considerar que, en efecto, exista una imposibilidad real para que la parte, sobre la cual reposa la carga de la prueba originalmente, no pueda allegar elementos de demostración de hechos de alta relevancia para el proceso.

De igual forma, será necesario que las partes hayan cumplido con su deber de diligencia en el ejercicio probatorio al interior del proceso y que, finalmente, sí existan condiciones de mayor favorabilidad para la parte que pasaría a ser requerida a incluir estas pruebas al juicio.

Adicionalmente, esta figura ha sido encaminada, desde su inicio, a propender por el esclarecimiento de la verdad procesal por encima de concentrarse en la necesidad que tendrían las partes de probar hechos específicos con la intención de sacar adelante sus pretensiones. Esto es importante cuando se revisa juntamente con lo dicho por Nieva Fenoll (2020a) cuando afirma que un concepto similar a este “podría ser relevante en los procesos en los que puede practicarse prueba de oficio” (pág. 10).

Otro aspecto para tener en cuenta consiste en el usual traslado, no solo del llamamiento a practicar o producir pruebas, a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo; sino también de la correlativa consecuencia negativa cuando no se logre la demostración de un hecho por el cual se aplique la figura de carga dinámica (Calvinho, 2020). Frente a este aspecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia fue insistente en aclarar que, viéndose en la necesidad de decidir sobre un juicio donde ocurra esto, el juez deberá analizar la cabalidad de las pruebas y considerar como indicios la conducta renuente de la parte a la que se solicita aportar una prueba que, en principio, no recaía sobre la misma. Dicho indicio servirá para

comprender el actuar de la parte que lo causa, sin necesidad de que ello resulte en la desestimación de sus intereses.

Conclusiones

En conclusión, existen diversos razonamientos que han surgido a través de la constante discusión dogmática y jurisprudencial que gira en torno a la necesidad de responder *qué deber ser probado* y *quién está llamado a probar*. Para diferentes sectores, la teoría general de *carga de la prueba* debe ser revaluada debido a las problemáticas fácticas y jurídicas que derivan de su aplicación. Más específicamente, algunos autores consideran urgente que se revise el entendimiento que actualmente se tiene frente a la *carga dinámica*; para ellos, es posible hacer uso de figuras procesales más acordes a lo dispuesto por la norma procesal y en armonía con el sistema constitucional al cual pertenecen.

Expuestas estas ideas, es posible afirmar que el sistema jurídico procesal que rige en Colombia incluye figuras encaminadas a concretar la consecución de la verdad procesal al interior del juicio (Ferrer Beltrán, 2020). Sin embargo, las distintas aproximaciones que ha tenido este asunto desde la doctrina y la jurisprudencia llaman con afán a la consolidación de una práctica judicial respetuosa del ordenamiento jurídico en abstracto y del modelo constitucional en el que se circunscribe.

El *deber-obligación de aportar pruebas* se posiciona como una posible respuesta a estas problemáticas, como fue expuesto anteriormente, y permite considerarlo más cercano al espíritu de la norma procesal que rige la práctica probatoria en relación con la determinación de los hechos que requieren ser probados y de quién se encuentra en mejores condiciones de allegar estos elementos al proceso. La existencia de una figura como esta da lugar a que se establezcan reglas de juego claras para la participación del juez, como orientador del proceso, y para las partes como resultado del llamado a descubrir la verdad procesal que origina el litigio.

Para finalizar, y como fue señalado en las consideraciones de Devis Echandía (2012), la institución del *deber-obligación de aportar pruebas*, a diferencia de la *carga dinámica*, sí encuentra una clara contemplación normativa que le indica a las partes, desde el comienzo del proceso, que existe una exigencia a participar en la demostración de los hechos que son de relevancia para el litigio. Esta figura, además, no corre con el riesgo de trasladar los efectos

adversos que son propios de la inobservancia de la carga de la prueba, sino que contempla sus propias consecuencias, como la generación de indicios que sirvan para que el juez valore los hechos que han sido esclarecidos al interior del juicio debido al cumplimiento a los deberes de diligencia durante el ejercicio probatorio.

De esta manera, el papel que ha sido otorgado a los juzgadores en la legislación colombiana propende por lograr hacer cumplimiento al modelo de organización jurídico-político que fue implementado por el Constituyente en la Carta Política de 1991, que supone una Constitución que se ve garantizada por la protección que recae sobre los jueces (Bernal Pulido, 2006).

Así las cosas, si bien no se zanja la discusión frente a cuál es la figura más precisa para definir los fenómenos procesales que se derivan del modelo probatorio colombiano, sí existen argumentos suficientes para encaminar las discusiones actuales y futuras de la materia en la búsqueda de una mayor consonancia de la legislación procesal y de la práctica judicial.

Referencias

- Acero Gallego, L. G. (2015). La Carga de la Prueba. Código General del Proceso. *Seminario sobre el Código General del Proceso*. Universidad Externado de Colombia.
<https://youtu.be/IeAcIgur2UY>
- Acero Gallego, L. G. (2017). Modificación del régimen de la carga de la prueba en el Código General del Proceso. En H. Cruz Tejada, *El proceso civil a partir del Código General del Proceso* (Segunda ed., págs. 235-270). Universidad de los Andes.
- Alvarado Velloso, A. (2009). *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Bentham, J. (2000). *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Bernal Pulido, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Instituto de Estudios Constitucionales.
- Calvinho, G. (2020). A favor de la carga de la prueba. *Estudios de Derecho*, 77(170), 167-199.
- Carnelutti, F. (2018). *La prueba civil*. Ediciones Olejnik.
- Colombia. Corte Constitucional, (2016). *Sentencia de Constitucionalidad, C-086 de 2016*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional 24 de Febrero de 2016.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia, (2017). *Recurso extraordinario de Casación interpuesto por Luz Mery Zambrano Acevedo, Richard Mauricio Sanabria Bello, Betty María Acevedo de Zambrano, Josué Gabriel Zambrano Ruiz y Juan Sebastián Sanabria Zambrano contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario que promovieron frente a EPS Sanitas S.A., M.P. Ariel Salazar, SC9193-2017*. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, (2018). *Recurso extraordinario de casación interpuesto por la accionante Maria Melida Samudio (Sic) de Castillo, respecto de la sentencia proferida el 19 dediciembre de 2012, Por la Sala Civil de Familia de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario que ella promovio en contra de Cesar Augusto Gómez Valle, M.P. Luis Alonso Rico Puerta, SC5676-2018*. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, (2021). *Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por los demandantes SERGIO ANTONIO ROJAS AVENDAÑO, ÁLVARO ANTONIO TORO HERNÁNDEZ y MARGARITA CARDONA GALLO, frente a la sentencia proferida el 22 de julio de 2015 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario que adelantaron contra ELMER LATORRE HERRERA y COLTANQUES S.A.S., M.P. Álvaro Fernando Restrepo García, SC 4232-2021*. Corte Suprema de Justicia.
- Damián Moreno, J. (2007). Nociones Generales sobre la Carga de la Prueba. En *Carga de la prueba y responsabilidad civil*. Tirant Lo Blanch.
- Devis Echandía, H. (2012). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Temis.
- Díaz-Restrepo, J. C. (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada al ordenamiento jurídico colombiano: Vulneración a la igualdad constitucional. *Entramado*, 12(1), 202-221.
- Duarte Villarreal, E. M. (2017). *Aplicabilidad de la carga dinámica de la prueba en el régimen de responsabilidad subjetiva del Estado colombiano*. Universidad Católica de Colombia.
- Ferrer Beltrán, J. (2020). ¿Qué nos queda de la carga de la prueba? *XLI Congreso Colombiano de Derecho Penal*. Virtual. https://youtu.be/ec1ZBXge5_Y
- Groia, A. G. (2003). *Cargas probatorias dinámicas*. Universidad Abierta Interamericana.
- Lépori White, I. (2004). Cargas probatorias dinámicas. En J. Peyrano, & I. Lépori White, *Cargas probatorias dinámicas* (págs. 35-73). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Liebman, E. T. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa América.

-
- Lorenzetti, R. L. (1997). *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Rubinzal-Culzoni.
- Martínez Simón, A. (2015). Las cargas dinámicas. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA*, 303-326.
- Micheli, G. A. (1961). *La Carga de la Prueba*. Ediciones Jurídicas Europa América.
- Nieva Fenoll, J. (2019). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. En J. Nievo Fenoll, J. Ferrer Beltrán, & L. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (págs. 23-49). Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2020a). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios de Derecho*, 77(170), 117-148. doi:10.17533/udea.esde.v77n170a05
- Nieva Fenoll, J. (2020b). La carga de la prueba: ¿una reliquia histórica que debiera ser abolida? *Encuentro de Derecho Procesal*. Virtual: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. <https://youtu.be/u0Vmj5QRD5Q>
- Parra Quijano, J. (2017). Carga Dinámica de la Prueba. *La Carga Dinámica de la Prueba*. Cali: Universidad Cooperativa de Colombia. <https://youtu.be/RtSo0eI76XA>
- Pérez Restrepo, J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad. *Estudios de Derecho*, 68(152), 201-225.
- Peyrano, J., & Chiappini, J. (2004). *Lineamientos Generales de las cargas probatorias "Dinámicas"*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ramos Méndez, F. (1986). *Derecho Procesal Civil*. Librería Bosch.
- Rosillo, V., & Calvinho, G. (2020). La carga dinámica de la prueba. *Vinicio Rosillo*. Virtual. <https://youtu.be/nYxluTeF41g>
- Rosenberg, L. (2002). *La Carga de la Prueba*. Editorial B de F.
- Semillero de Derecho Procesal Evelio Suárez Suárez. (2014). La carga de la prueba y el derecho a probar en el Código General del Proceso. *Revista Cultural Unilibre*, 2, 54-72.
- Tejeiro, O., & Sinimblat, N. (2019). Discusiones sobre la carga dinámica de la prueba. *XV Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Medellín: Universidad Libre de <https://youtu.be/tQc5CWfHeSk>
- Trujillo Cabrera, J. (2006). *La carga de la prueba*. Leyer.