



LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Carlos Mauricio Gallo Riaño

Magíster en Derecho

Luis Bernardo Ruíz Jaramillo
Director de Investigación

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Posgrados UdeA
Medellín, Colombia
2023

Cita

(Vargas Álvarez, 2018)

Referencia

Gallo Riaño, C. (2023). *La carga de la prueba en el Código General del Proceso* [Tesis de maestría]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Estilo APA 7 (2020)



Maestría en Derecho, Cohorte XI 2020 - 2022.

Estado de derecho y justicias.

Centro Investigación Facultad Derecho y Políticas Universidad de Antioquia



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

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

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.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
1. CARACTERIZACIÓN LEGAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.....	15
1.1 Sobre la regulación legal de la carga	20
1.2 Integración de los aspectos objetivo y subjetivo en el artículo 167 del CGP	23
1.3 Posturas críticas y posición propia.....	27
1.4 Dinamismo probatorio: relativo a los incisos 2do y 3ro del artículo 167 cgp	30
1.5 Crítica y posición propia.....	41
1.6 Hechos indefinidos y hechos notorios: inciso final del artículo 167 del CGP.....	43
a) Las negaciones formales: de derecho, hecho y cualidad.....	45
b) Negación de hecho: formales y sustanciales.....	47
1.7 Hechos Notorios	50
2. SINGULARIDADES DE LAS PRESUNCIONES.....	52
2.1 Qué se debe entender por presunción	54
2.2 La presunción hominis y los indicios.....	55
2.3 Críticas actuales a las teorías tradicionales.....	57
2.4 La distribución de la incertidumbre y la presunción.....	58
3. MODELOS SUSTANCIALES CON EXPRESIÓN PARTICULAR DE LA CARGA PROBATORIA.....	61
3.1 La clásica división de la responsabilidad contractual y extracontractual	63
3.1.1 El sistema dual y la tradición culpabilística	64
3.1.2 Factores diferenciales entre los géneros de responsabilidad tradicionalmente aceptados	65
3.2 Tratamiento de la culpa según el régimen de responsabilidad extracontractual.....	68

3.2.1 La culpa in genere para la alta corporación, se presenta en dos casos:	69
3.2.2 Distinción entre la responsabilidad con presunción de culpa y responsabilidad objetiva	69
a) Responsabilidad por el hecho propio	71
b) Responsabilidad por hecho ajeno.....	72
c) Responsabilidad por el daño ocasionados por las cosas	75
d) Las actividades peligrosas (artículo 2356 del CC)	77
3.3 Aspectos relativos a la responsabilidad contractual.....	81
3.3.1 La carga de la prueba respecto al incumplimiento y sus títulos de imputación ...	82
3.3.2. Exención probatoria del hecho indefinido del impago.....	84
3.3.3. Exención probatoria del hecho indefinido de las obligaciones de dar y hacer....	86
3.3.4 Carga de la prueba en el incumplimiento de las obligaciones negativas o de no hacer	86
3.3.5 Equiparación de la culpa grave y el dolo, problema probatorio.....	88
4. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES	89
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES.....	96

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Esquema de las negaciones indefinidas	43
Figura 2. Cuadro comparativo de la “División de culpas”.	74

RESUMEN

El presente trabajo aborda la carga de la prueba desde su caracterización legal en el ordenamiento jurídico colombiano, y particularmente en el Código General del Proceso. Adicionalmente busca determinar si sus aspectos y contenidos son determinados por elementos garantistas encaminados a constituirse en mecanismos de efectividad del derecho fundamental a probar. El desarrollo así expuesto, se plantea desde el análisis normativo y bibliográfico, con enfoque cualitativo, para responder al planteamiento del problema y el objetivo general, que precisamente versa sobre dicha caracterización y componentes. Tienen especial consideración algunas articulaciones de la carga de prueba, con subtemas conceptuales, como las presunciones, los modelos sustanciales de responsabilidad civil y las facilitaciones o exenciones de prueba autorizados por el legislador.

Palabras clave: Carga Objetiva, Carga Procesal, Carga de la Prueba, Carga Subjetiva, Presunción Legal, Responsabilidad, Tema de la Prueba.

ABSTRACT

This paper addresses the burden of proof from its legal characterization in the Colombian legal system, and particularly in the General Code of Process. Additionally, it seeks to determine if its aspects and contents are determined by elements of equity aimed at becoming effective mechanisms of the fundamental right to prove. The development thus exposed, arises from the normative and bibliographical analysis, with a qualitative approach, to respond to the approach of the problem and the general objective, which precisely deals with said characterization and components. Special consideration is given to some articulations of the generating category, with conceptual subcategories, such as presumptions, substantial models of civil liability and facilitations or exemptions of evidence authorized by the legislator.

Keywords: Objective Burden, Procedural Burden, Burden of Proof, Subjective Burden, Legal Presumption, Responsibility, Subject of the Evidence.

INTRODUCCIÓN

La carga de la prueba es un lugar común en el estudio del derecho, cuya naturaleza y contenido ha implicado el esfuerzo de la doctrina más autorizada. En los textos, guías y programas de estudio ocupa un lugar ya inveterado en la teoría general de la prueba, incluso desde antes de ser teoría general. Resultando farragoso responder al por qué, desde el primer acercamiento, resulta incandescente.

Ese cuestionamiento se encuentra presente, aunque no expreso, en cada escrito de investigación y tratado que ofrece el debate académico, aunque brinde un amplio margen de resultados según el enfoque y método empleado. Sin embargo, frente a dicha afluencia de ideas, es intuitivo pensar que se debe a que la carga en cuestión tiene una notable influencia, en la realización de la justicia, caso por caso, condicionando la decisión judicial y multiplicidad de decisiones a lo largo del proceso, determinando las resultancias de este.

El presente desarrollo, que tiene por objeto tan apreciable regla, lo hace, sin embargo, desde la humilde y respetuosa actitud, de que apenas sobrevuela las posturas epistemológicas de los más notables autores¹.

La aproximación pretendida, a la carga de la prueba, se realiza desde un ángulo normativista, por la naturaleza procesal del precepto, que el legislador colombiano eligió por consagrar de manera general y abstracta, como lo han hecho otros, entre ellos, el italiano y el español.

Entorno al objeto de estudio, como ha sido desarrollado, en una textura breve y simple, tiene el objetivo general de “analizar la carga de la prueba abordando su caracterización jurídica, su fundamento y su función en el Código General del Proceso”, y más precisamente en el ámbito del derecho civil; y necesariamente, por ese contorno o límite planteado, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido un

¹ Como lo han sido Micheli (1982), Rosenberg (1956), Taruffo (2002, 2018), Ruíz (2019) entre otros.

papel estelar, que ha de seguir desempeñando, conforme las reglas contenidas en el artículo 167 de dicho estatuto procesal, sobre el objeto de aplicación y sometidas a su conocimiento.

De la jurisprudencia de la H. Corte se destaca, haber ingresado al debate sin demora alguna, especialmente interno, estando al día en las discusiones académicas, y en los aguzados cuestionamientos que en la última década han sido formulados contra la carga de la prueba (Nieva, 2019), sus fundamentos, o según el caso, algunos de sus aspectos y entendidos.

Este ha sido el gran calado que alcanzan apenas los reflejos del debate, de los cuales, el presente trabajo alcanzará a hacer mención de algunos; puesto que, de otra manera, se tornaría desbordante, en razón al objetivo pretendido y a la metodología seleccionada.

Sobre esta última, en sus elementos metodológicos el desarrollo emprendido, empleó el enfoque cualitativo, con la metodología descriptiva que diera cuenta de la caracterización legal de la regla. De esta manera se vertió el análisis teórico, casi de manera reductiva, privilegiando algunos aspectos prácticos y normativos.

Precisamente por tratarse de una investigación documental, de entre las técnicas de recolección de información se prefirió la modalidad de citación de fuentes y resúmenes, tanto de libros, como de artículos de revista, conferencias y jurisprudencia.

Dentro de estos contornos, el desarrollo se presenta dividido en cinco capítulos, tres de ellos pretenden responder a los objetivos específicos, en forma no lineal, pero sí esquemática. Dichos objetivos son: i) Determinar la caracterización jurídica de la carga de la prueba en el Código General del Proceso; ii) la integración de la regla de juicio a la sistemática procesal ubicado dentro del esquema publicista; y finalmente, iii) Describir la articulación de la carga de la prueba con las presunciones relativas, y los modelos normativos sustanciales de la responsabilidad civil.

En primer lugar y respondiendo a la caracterización del ordinal primero del artículo 167 del código general del proceso, sus principales rasgos y los sujetos destinatarios del precepto. En este capítulo se aborda también el criterio del interés para la distribución del riesgo por la incerteza del hecho jurídicamente relevante, que fue el seleccionado por el

legislador y que se contrasta con el criterio de la tipología de los hechos, clasificándolos en constitutivos, extintivos, inhibitorios y excluyentes.

Por vincularse con dicho numeral primero, se aborda en esta sección las críticas formuladas contra la carga de la prueba en su aspecto objetivo y subjetivo, particularmente las de Taruffo (2019) y Nieva (2019), para quienes el sistema de la libre valoración de la prueba y las demás herramientas, que tiene el juez a su disposición, conlleva a que sea innecesario regular la distribución del riesgo de la incerteza. Frente a lo anterior, se toma postura y se continua con el denominado dinamismo probatorio.

También se abordan en dicho acápite, aspectos que se articulan y relacionan con la carga probatoria, como el tema de la prueba, la exención probatoria y los mecanismos de facilitación. Conceptos que permitieron aproximarse a la carga dinámica, consagrada en los incisos segundo y tercero del estatuto procesal general.

Con relación a este último, se aprecian los principales antecedentes o incursiones por la jurisprudencia, previo a su consagración normativa. Se abordan los presupuestos de aplicabilidad y se extraen de forma circunspecta las alternativas que describen la doctrina crítica, particularmente desde Ferrer (2019), quien considera que el dinamismo probatorio produce más problemas de los que resuelve.

Finalmente, este capítulo describe brevemente las nociones que integran las negaciones indefinidas y los hechos notorios, como dispositivos de exención de prueba que el legislador incorporó en el mismo precepto objeto de análisis.

De otra parte, en la segunda sección se encuentran las líneas destinadas a las presunciones, especialmente las legales o también denominadas, relativas. Estas son reflexionadas como mecanismos de facilitación probatoria, en la que la ley o el juez en su caso, emplean la operación racional para dar por probado un hecho.

Estos dispositivos se integran a los otros, que el legislador establece para viabilizar la actuación judicial, facilitando la prueba del hecho presunto a través de la prueba de un hecho indicador, mediando el factor que vincula a los dos. Sin embargo, se parte, de que la presunción si bien implica un relevo de prueba, no releva de la actividad probatoria a quien favorece porque este se ubica el peso de hallarse probado el hecho indicador.

Por otro lado, se desvinculan, las presunciones del hecho cierto, por no integrarse, en estricto sentido, a la estructura y función que cumple esta prueba por razonamiento. También se pretenden distinguir las presunciones de derecho y las legales, así como las presunciones judiciales.

Al igual que la sección que viene describiéndose, la tercera etapa tiene la finalidad de desarrollar el tercer objetivo específico de la investigación, pero a diferencia de las presunciones, los modelos sustanciales relativos a la responsabilidad civil, de la cual se deriva importantes implicaciones, o mejor, manifestaciones de la carga de la prueba.

Esta sección, como su nombre lo indica, concibe desde la formulación de la norma sustancial, expresiones singulares, que, en algunos casos, representan una distribución diferente de la carga de la prueba, a la concebida en la regla general, analizada en la sección inicial.

Se previene al lector, en que, si bien esta sección cumple la misma finalidad de las anteriores, es decir, la caracterización de la carga probatoria, para su formulación y desarrollo se requirió de la debida contextualización en la materia. Sin embargo, esta prevención a la que se hace referencia no solo recae sobre la estructura del capítulo, sino también a la diversidad y contraste desde el plano teórico: donde se contraponen el actual derecho de daños y las posturas de la H. Corte Suprema, que mantiene aún el juicio de reproche a la conducta en la presunción de responsabilidad.

Las secciones o capítulos que se han descrito en los párrafos antecedentes, tienen la finalidad de desarrollar los objetivos específicos, y a través de estos, se pretende responder a la pregunta problematizadora: ¿Cuál es la caracterización jurídica, el fundamento y la función de la carga de la prueba, en el Código General del Proceso?

Si se cumple o no el cometido, queda reservado al juicio del lector, que sin embargo encontrará, que los fundamentos y la función de la carga de la prueba se proyecta desde cada dispositivo legal, en la función que el mismo legislador le ha dado al consagrar, y sobre todo al integrar la carga al esquema procesal: ya que la prueba es el fundamento de la decisión, las partes deben estar dotadas de los instrumentos necesarios para aportar, solicitar y practicarla prueba como el derecho constitucional fundamental que es.

Al mismo tiempo, se resalta que, dentro de la sistematización del derecho a la prueba, se integran dichos dispositivos, como mecanismos de efectividad de este derecho, y se puede constatar que los mismos se encuentran encaminados a favorecer la igualdad material de los extremos procesales; y, por tanto, hay un componente de equidad que remedia tanto las situaciones de dificultad, como de imposibilidad probatoria dentro del proceso judicial.

De ahí resulta relevante, confrontar la carga de la prueba con la integración del derecho a probar, y con el esquema procesal, especialmente en lo que respecta a los mecanismos de facilitación probatoria, pues de una lectura asistemática y de esfuerzos apenas individuales, el modelo publicista del proceso, no colmaría las expectativas para las cuales es implementado. Lo anterior, porque a pesar de otorgar amplios poderes de instrucción oficiosa a un juez, la incertidumbre sobre los hechos relevantes siempre son una posibilidad.

En el contexto del modelo publicista, han de interpretarse las exenciones de prueba, las facilidades, las presunciones y los modelos sustanciales de responsabilidad, de tal forma, que se encaminen a satisfacer los fines del proceso y los fines del estado, pero en el escenario de garantías que debe caracterizar al proceso.

En ese sentido, el presente trabajo se justifica al indagar por la caracterización de la carga probatoria, sus fundamentos y función (sin desbordar los límites propuestos), pues desde un plano teórico, no solo se ha cuestionado la necesidad de su regulación y sus efectos jurídicos haciendo depender tales, de la valoración probatoria. Por el contrario, se hace necesario articular dicha carga con otros dispositivos, con los cuales se condiciona y manifiesta, intentando darle una interpretación sistemática, vinculados al derecho público y subjetivo de probar, como a la realización del derecho sustancial.

Por otro lado, desde el plano práctico el desarrollo se justifica, porque el aspecto subjetivo de la carga resulta de utilidad para el estudiante, investigador y litigante; que ya en sus acercamientos, puede resultar de utilidad tanto para la comprensión como para el ejercicio profesional del litigio.

Igualmente, desde el aspecto objetivo, pues no solamente permite un análisis del riesgo sobre los casos particulares, sino aplicarla desde el principio del proceso y desde antes, anticipando las decisiones interlocutorias en que la carga de la prueba proyecta efectos

distributivos del riesgo de la incerteza. A los operadores judiciales también les resulta de utilidad el debate académico que implica, y, el contraste de la doctrina y la jurisprudencia, por ejemplo, en los modelos normativos sustanciales que estructuran la responsabilidad.

No obstante, lo anterior, el desarrollo se justifica en la medida en que le resulta útil a la comunidad en general, ya que mediante el progreso académico se logra la evolución y perfeccionamiento constante del ordenamiento jurídico, la realización de los derechos sustanciales y la paz social.

Metodológicamente, una investigación documental y bibliográfica como la emprendida, se justifica por el uso de herramientas como la hermenéutica constitucional y legal.

1. CARACTERIZACIÓN LEGAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

El primer ordinal del artículo 167 del código general del proceso, regula la carga así: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Dicha regulación, y en uso de los mismos términos, se encontraba ya en el decreto 1400 de 1970, o código de procedimiento civil.

Este fenómeno de conservación, ha estado acompañado de la variación que implicó, la introducción de los incisos segundo y tercero del mismo artículo, en lo que fue la primera incursión legal de la denominada carga dinámica de la prueba.

En una hermenéutica legal muy restrictiva, para un primer acercamiento a esta disposición, aparenta recabar o realzar una esfera subjetiva y de incumbencia probatoria: “incumbe a las partes...”. Y este aspecto o elemento de la carga probatoria ha estado en constante tensión con el otro extremo, que la explica desde el contenido o componente objetivo². Ambos aspectos se incluyen mutuamente, no solo en la norma, también en la doctrina, por ejemplo, la definición de esta carga para Bonet (2009) incluye los siguientes términos: “a cada quien corresponde probar los hechos que le benefician, en cuanto, de considerarse probados, permitirían un pronunciamiento favorable a su correspondiente pretensión estimatoria o desestimatoria” (p. 270).

Partiendo de esos dos aspectos, la doctrina ha asumido posturas antagónicas, frente a las cuales han reaccionado también los sectores que afincan sus constructos teóricos en la imposibilidad de escindir ambos componentes. Para Micheli³, por ejemplo, se trata de dos elementos que se complementan “como los dos lados de una medalla”.

² El autor colombiano Rodríguez (1983), expone el planteamiento en los siguientes términos: “el problema de la carga de la prueba implica varias cuestiones, a saber: a) qué es la carga (su noción y su naturaleza); b) quién es titular de la carga (las partes tienen la carga, el juez tiene el deber funcional de probar dentro del sistema inquisitivo); y c) como se reparte el ejercicio de la carga entre las partes entre sí, y entre estas con el juez”. (p. 76)

³ Para Micheli, por ejemplo, “(...) junto a una carga de la prueba subjetiva se ha construido una carga objetiva, bautizada después de diversa manera, pero tendiendo, como quiera que sea, a poner en evidencia que la actividad probatoria, desarrollada por las partes, está solo mediatamente vinculada al resultado favorable para

Así, distinguir los aspectos, subjetivo, mencionado anteriormente, y objetivo de la carga de la prueba, resulta de la modalidad interpretativa de la norma misma, ubicando en la determinación del sujeto destinatario, el elemento diferencial: frente al juez, en aquellos modelos procesales donde este debe ordenar oficiosamente la prueba “en sentido estricto, entonces no puede decirse que tenga la carga probatoria sino un deber funcional de carácter probatorio” (Rodríguez, 1983, p. 71). Sin embargo, aún en dichos esquemas una norma general sobre esta carga⁴, le indica al juez el sentido de la providencia que resuelve el mérito del litigio, cuando la insuficiencia probatoria conduce a una incertidumbre⁵.

En este sentido, sobre el aspecto objetivo, Betancur (1982), parafraseando a Rosenberg, expresa que: “se trata de la instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en un caso en que no puede probarse la verdad de una afirmación de un hecho importante” (p. 146). Es así como se puede entender el factor objetivo de la carga de prueba; y, también sobre ella, se edifica el constructo de la “regla de juicio” (p. 148), como categorías equivalentes entre estas.

En este orden de ideas, vale la pena realizar la observación de que el denominado aspecto objetivo de la carga de la prueba, se diferencia del criterio objetivo, según Piquer (2006), desde la jurisprudencia romana⁶, porque a diferencia de la doctrina que se viene explicando, estructura “*un criterio*” de distribución vinculado al modelo de proceso:

“Por una parte, definimos los criterios que nos permitirán explicar el modo en que se distribuye la carga de la prueba y que se concreta en los llamados criterios objetivos, cuando es el objeto de prueba el que se tiene en cuenta, para exigir la prueba a una de

una de ellas, y, recíprocamente, que su inactividad es solo causa mediata del resultado desfavorable”. (1982, p. 96)

⁴ Como es el caso del Código General del Proceso en su artículo 167, inciso primero.

⁵ Al respecto, Xavier Abel Lluch, sobre la dimensión objetiva de la carga de la prueba, ha expresado: “Por el contrario, de existir prueba, no resultan de aplicación las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, y entran en juego las normas sobre la valoración probatoria” (2007, p. 27).

⁶ La diferencia entre el denominado aspecto objetivo de la carga de la prueba, y el criterio objetivo, se centra en la relación entre el hecho alegado y el supuesto normativo invocado que Piquer encuentra más reiterado en la jurisprudencia romana: “Es más, este criterio objetivo, en la medida en que tiene en cuenta las alegaciones de hecho contenidas en la norma cuyo supuesto de derecho pretende que sea aplicado por las partes, hace que sea, evidentemente, el más utilizado por la jurisprudencia romana, pues a lo largo de todo el derecho sustancial recogido en el Digesto encontramos las consiguientes referencias con relación a la exigencia de prueba de los supuestos de hecho alegados y probados” (2006, p. 65).

las partes con independencia de su posición procesal, subjetivos en los que se tiene en cuenta la posición procesal de las partes y finalmente material, donde se atiende a las consecuencias derivadas de la falta de prueba y, por consiguiente, a la determinación, *a posteriori*, de la exigencia de prueba y de prelación” (p.20).

Este criterio tiene asiento en la probanza del supuesto de hecho de la norma, con independencia del extremo procesal que ocupan las partes, o de cuál de ellos provenga la prueba misma. Con este aspecto, se responde a la cuestión de qué debe estar probado según la norma sustancial⁷, y desde ella misma distribuir el riesgo de la falta de certeza⁸.

Sin embargo, a diferencia del criterio objetivo, desde el ángulo teórico que conforma el contenido objetivo de la carga, se constituye en una norma de obligatorio cumplimiento o acatamiento por el juez⁹, resultando indiferente si se trata de una ausencia probatoria total o una insuficiencia probatoria.

Desde el aspecto objetivo, se hace referencia a la certeza sobre determinados hechos en el proceso, en cuya ausencia surte los efectos jurídicos del mandato legal. De acuerdo con Rosenberg (1956), es la prueba que se intenta, pero se malogra porque dicha dimensión objetiva opera cuando no existe la certeza suficiente para dar por probado un hecho jurídicamente relevante para el litigio.

En aquella fase del juicio, las partes no tienen ninguna participación, ya que ésta compete exclusivamente al operador judicial y a su vez, comporta para él la prohibición de

⁷ Refiriéndose a las obligaciones condicionales Álvarez (2007) explica el artículo 1119 del código civil español, el carácter sustancial de la norma derivado del supuesto y su consecuencia: “Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento. Efectivamente, lo que hace la norma es establecer una consecuencia para un supuesto: la condición está cumplida si el obligado impide su cumplimiento. En este caso se ve como el legislador acude a una norma sustantiva para establecer una consecuencia a modo de sanción, en atención a la conducta de un sujeto” (p.60).

⁸ De acuerdo con Fernández (2006) la distribución del riesgo se hace en términos de estos criterios así: “puede suceder que el juez considere que no ha quedado suficientemente probada ni la existencia ni la inexistencia de los hechos controvertidos, bien por no haber sido aportadas pruebas al respecto, bien porque las pruebas aportadas han sido insuficientes. (...) La falta de certeza acerca del material fáctico debe ser subsanada mediante la aplicación de determinados criterios que determine cuál de las partes ha de resultar perjudicada por la insuficiencia probatoria” (p. 32-33)

⁹ En los términos de la Corte suprema de justicia, resulta palmario el aspecto vinculante que tiene la norma procesal: “Sin embargo, lo verdaderamente trascendental acá, es que las normas sobre la carga de la prueba están dirigidas al juez, para guiar su decisión ante un supuesto de incertidumbre, y evitar así un pronunciamiento que no decida sobre el fondo de la controversia (non liquet)” (Sentencia SC 4232 - 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo)

fallar un *non liquet*¹⁰ o también denominado sentencia inhibitoria, en palabras de Rosenberg, esto implica “la imposibilidad de que el juez llegue a un *non liquet* con respecto a la cuestión de derecho a causa de lo dudoso de la cuestión de hecho” (1956, p. 25).

Del otro extremo interpretativo, se encuentra el contenido o dimensión subjetivo de la carga de la prueba, este elemento se estructura señalando a las partes los hechos que cada una está interesada en probar si quiere que su pretensión o excepción prospere en el juicio. Se ha entendido como una necesidad práctica inducida por los legisladores, a fin de evitar los efectos adversos de la inactividad probatoria, por eso este criterio no se ubica en la fase final del juicio, sino en su inicio y antes del mismo, “las consecuencias derivadas de la falta de prueba son las que determinan la necesidad de probar los hechos” (Piquer, 2006, p. 71).

La relación entre el hecho alegado o afirmado y la carga de la prueba, no es pues, una relación de necesidad jurídica en el sentido de la relación de un sujeto frente a otro, como el deber jurídico¹¹ (Rodríguez, 1983), obligación, o en general la posición pasiva respecto de la otra parte o del juez, precisamente por devenir de la carga procesal, podría entenderse como mucho, como una necesidad práctica¹² que es siempre voluntaria; en palabras de Devis, aun cuando el dejar de cumplirla implique efectos perjudiciales al sujeto; no impone un deber ni una obligación, pues de lo contrario sería necesario decir “que cada parte tiene el deber de triunfar”, y esto es inaceptable, ya que “solo el propio interés da impulso para actuar”; ni siquiera es admisible calificar esa situación como deber para consigo mismo” (1987, p. 411).

¹⁰ Por su parte, Bonet, explica que “la norma de la carga de la prueba se sitúa en relación entre el principio de aportación de parte, y la prohibición del Non Liquet” (2009, p. 269).

¹¹ Al respecto, sobre la diferenciación de las obligaciones y de los deberes, Rodríguez (1983) ha manifestado: “Hay obligación cuando uno de los sujetos procesales está sometido a cumplir una conducta en beneficio de otro, por disposición de la ley, como la de pagar las costas, utilizar papel sellado impuestos. Hay deberes cuando un sujeto procesal se ve compelido por la ley a observar determinada conducta en interés de la justicia y de la comunidad, los deberes son a su turno, procesales unos, funcionales otros. Son procesales los que tienen las partes de lealtad, veracidad, y probidad”. (p.69)

¹² Desde otro ángulo teórico, referido al elemento distributivo de la carga, desde el constructo de Piquer, para quien “el criterio objetivo” (no como aspecto), tiene algunas similitudes, también se destaca que: “Consecuentemente, como dice MONTERO AROCA, la cuestión sobre la carga de la prueba se resuelve preguntándose quien debió probar, aspecto que está estrechamente vinculado al qué debe ser probado” (2006, p. 68).

En la construcción teórica del autor colombiano parafraseado, se encuentran ambos aspectos dentro de la misma noción, y así se destaca, que, mientras la norma regla implica una relación directa respecto del juez, la misma es indirecta respecto de las partes¹³.

La formación de una noción objetiva de esta carga procesal debe, entonces, entenderse obligatoria respecto del juez por el carácter de orden público que caracteriza la norma procesal, en cambio frente a las partes se entiende meramente facultativo.

En otras palabras, mientras el juez no puede apartarse del acatamiento de dicha norma sin incurrir en una infracción legal, una violación de la norma legal, las partes, en cambio tienen plena libertad para actuar en procura de sus propios intereses legítimos¹⁴.

Así pues, una lectura sistemática del primer ordinal del artículo 167 del CGP, resulta en la caracterización de dos aspectos destacados, por la doctrina mayoritaria y tradicionalmente aceptada, sobre la carga de la prueba. Aspectos ya destacados por autores como Rosenberg (1956) y Micheli (1982), tomados y desarrollados por autores nacionales como Rodríguez (1983), Betancur (1982) y Rocha (1990). Sin embargo, vinculados a esos dos aspectos de la carga probatoria, también se ha elaborado o construido las nociones de concreta y abstracta sobre la misma carga procesal.

La significación que se le da a la carga de la prueba en sentido abstracto, es sin duda la que se refiere a la actividad del operador judicial y “se predica de la noción objetiva” (Betancur, 1982, p. 149), precisamente por estar dirigida como un imperativo al juez, desvinculándose de los casos concretos en cuya hipótesis podría acontecer la incertidumbre que implica la distribución del riesgo probatorio. En cambio, una noción de la carga de la

¹³ Devis (1987) define la carga de la prueba como: “(...) una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables” (p. 426).

¹⁴ La relación entre el hecho alegado o afirmado y la carga de la prueba, no es pues, una relación de necesidad jurídica en el sentido de la relación de un sujeto frente a otro, como el deber jurídico¹¹ (Rodríguez, 1983), obligación, o en general la posición pasiva respecto de la otra parte o del juez, precisamente por devenir de la carga procesal, podría entenderse como mucho, como una necesidad práctica¹² que es siempre voluntaria; en palabras de Devis, aun cuando el dejar de cumplirla implique efectos perjudiciales al sujeto; no impone un deber ni una obligación, pues de lo contrario sería necesario decir “que cada parte tiene el deber de triunfar”, y esto es inaceptable, ya que “solo el propio interés da impulso para actuar”; ni siquiera es admisible calificar esa situación como deber para consigo mismo” (1987, p. 411).

prueba en sentido concreto¹⁵ se estructura sobre los hechos particulares que, según cada caso, a la parte le interesa demostrar.

Se ha recurrido a la formación de otros criterios que expliquen o complementen la suficiencia de los dos aspectos principales vistos hasta ahora, como “el criterio de la prelación¹⁶” (Piquer, 2006, p. 72), que tiene en cuenta el orden en que las partes responden a la actividad probatoria de la otra. En este, también operan aspectos de política legislativa y razones meta-jurídicas: desde las exenciones de prueba hasta la lógica que emplean las partes en el litigio.

1.1 Sobre la regulación legal de la carga.

Como se ha anticipado en el acápite anterior, el vigente artículo 167 del CGP tiene su antecedente en el artículo 177 del Decreto 1400 de 1970; y, fue precisamente en dicha norma que, según Betancur (1982), por primera vez, se consagró legalmente una norma general y abstracta aplicable a todos los procesos que se tramitaran por dicho código.

Sin embargo, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, derivaron en ese contexto cronológico, previo al CPC, los efectos de la incumbencia probatoria y del mandato del juez, del artículo 1757 del C.C.; precepto que, no obstante, sirvió para estructurar la aplicación general. Se trata de una norma particular o especial, pues regula la aportación de la prueba sobre la existencia de las obligaciones y respectivamente, la de su extinción, fijando en quien

¹⁵El aspecto objetivo y el aspecto abstracto de la prueba han sido defendidos y criticados por la doctrina, al respecto de estos y su vinculación, Devis (1987) explica que: “El aspecto abstracto es inseparable del objetivo, porque la regla de juicio que en éste existe es general, esto es, para todos los procesos sin distinción de procedimiento o naturaleza de las pretensiones en ellos aducidas, en virtud de una situación jurídica abstracta; le indica al juez cómo debe decidir, a falta de convencimiento sobre los hechos, o sea, en contra de quién deben considerar la falta o la insuficiencia de las pruebas, cualesquiera que sean el litigio y el proceso” (p. 430).

¹⁶ El criterio de prelación, para Piquer: “viene a designar un orden en la aportación de prueba vinculado a una de las partes según el orden lógico, esto es, que pretende orientar el orden de aportación de la prueba, de modo que ese orden de prelación es el que debe dotar a una de las partes de una situación de ventaja, ya que hace depender de la prueba de la primera necesidad de que la segunda aporte la consiguiente prueba” (2006, p. 72)

alega aquella o esta última, la carga procesal de probar el hecho con relevancia jurídica. En otras palabras, se trata de una expresión singular o particular.

En este sentido, quién alega la existencia de una obligación, tiene el interés¹⁷ de probar el hecho constitutivo de la misma y quien alega su extinción tiene el interés a su vez, de probar el hecho extintivo. La particular relación que surge entre el artículo 167 del Código General del Proceso y el artículo 1757 del Código Civil, es precisamente que la segunda se trata de una norma especial que regula específicamente la carga de probar las obligaciones.

De otra parte, se puede afirmar que, en materia civil, es donde se encuentran hechos objeto de verdadera presunción¹⁸ (la conmorienencia Art. 95; la continuidad de la posesión Art. 780; la presunción de muerte por desaparición Art. 97, que el poseedor sea reputado dueño Art. 762.), hechos que se refieren negativos o afirmativos de carácter indefinido, contrapuestos a los hechos notorios que por su naturaleza están exentos de prueba. Lo anterior manifiesta precisamente el carácter singular a dichas exenciones o relevos probatorios, los cuales, sin embargo, resultan numerosos tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en los foráneos.

Adicional a los ejemplos de exención probatoria o relevo de la prueba en materia civil que se mencionan, se encuentran también expresiones singulares de la carga de probar en materias como la discriminación, el daño ambiental y el derecho de consumo. De lo anterior debe deducirse entonces, como primera observación que no es solamente el carácter legislado de la norma general y abstracta que se encuentra en el estatuto procesal a la cual adicionalmente, se añan las expresiones singularizadas de la misma carga.

¹⁷ De ahí que consideremos incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, pues únicamente señala quien tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba (Devis, 1987, p. 427)

¹⁸ El autor Ruiz (2019) explica que: “así, la presunción de muerte por desaparición (código civil colombiano, (Arts. 96-109) en determinadas condiciones de espacio, tiempo y modo, la constatación de la segunda presume la primera; lo que equivale a decir, probado el hecho base, este entra a ocupar el puesto normativo de la muerte con las respectivas consecuencias jurídico sustantivas; es decir, la desaparición muta a muerte” (p. 221).

Conlleven también, a la segunda observación importante, y es que el hecho de que el legislador regule la aplicación de la carga de la prueba, la hace una cuestión de derecho¹⁹ y cuando el juez yerra sobre su aplicación implica una infracción a la norma legislada²⁰. Esto por oposición a aquellos modelos procesales donde se le da mayor iniciativa al operador judicial para distribuir las cargas, pues en dicho caso, el error del juez sería una cuestión de hecho, es decir, un error de hecho que terminan invariablemente diferenciándose en la causal²¹ del recurso extraordinario de casación²², o en palabras de Devis:

“Ese error puede tener dos aspectos: haber recurrido el juez a la noción de carga de la prueba, no obstante existir prueba suficiente del hecho por considerarla insuficiente o por no tenerla en cuenta, en cuyo caso existiría una equivocada apreciación de ésta; o haber hecho recaer la carga sobre el hecho. Si la ley pone en manos del juez la distribución de la carga, pasa a ser una cuestión de hecho” (1987, p. 442)

Frente a lo anterior, también debe considerarse que el hecho de estar regulado mediante norma general y abstracta, conlleva una condición de aplicabilidad a todos aquellos asuntos que no estén regulados con norma especial acerca de la carga probatoria, también significa

¹⁹ Para Bentham la cuestión de hecho y de derecho se distingue así: “A fin de asegurarse de que actúa conforme a la ley, el juez en todas las ocasiones tiene que considerar dos puntos: el uno es la cuestión de hecho; el otro es la cuestión de derecho. El primero consiste en cerciorarse de que tal hecho a existido en un determinado lugar y en un determinado tiempo. El segundo consiste en asegurarse de que la ley contiene una disposición de esta o de aquella naturaleza, aplicable al hecho individual” (1971, p. 25).

²⁰ En términos de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil: “La violación por la vía indirecta puede ser de hecho o derecho, la primera hipótesis ocurre cuando el fallador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio de prueba o cuando realiza la interpretación de manera equivocada del material suatorio existente; la segunda posibilidad, de derecho, cuando realiza la valoración sin atender la normatividad sobre el particular” (AC1791-2022, M.P. Martha Patricia Guzmán Álvarez).

²¹ Se refiere a las causales contenidas en el artículo 336 del CGP respecto de la violación directa o indirecta de la norma sustancial, regulada en la anterior codificación en el artículo 368.

²² C. G.P., Artículo 336 Causales de casación:

Son causales del recurso extraordinario de casación:

1. La violación directa de una norma jurídica sustancial.
2. La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba.
3. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio
...etc.

que la carga de la prueba como cualquier otra carga procesal, asciende a la teoría general del derecho y a la teoría de la aplicación del derecho.

Por esto, se ha vuelto un lugar de controversia respecto a la verdadera naturaleza y aplicabilidad. Precisamente, uno de los argumentos que se esgrimen contra el carácter general y abstracto de la carga de la prueba, tal como está legislada en Colombia y como se ha decantado por un gran sector de la doctrina, es su vinculación a determinado esquema procesal, dicho reparo no es nuevo, fue enfrentado en su momento por Rosenberg (1956) y abordado por la doctrina desde entonces. Precisamente porque sobre “*el quién prueba*” ha recaído un carácter distintivo entre el proceso dispositivo y, el hoy denominado, el publicismo procesal, y los matices entre el modelo dispositivo y aquel, en el sentido de que recae dicha carga en las partes o en las partes y el juez; y a mayor iniciativa de este último, menos sentido aparenta la carga de la prueba como tal.

La postura asumida en el presente desarrollo es la misma a la que llega Rosenberg y estriba en que si bien, esta importancia en el modelo publicista, es menor en su aspecto subjetivo al que tiene en el modelo dispositivo, también en aquel, las partes tienen interés en satisfacer sus pretensiones a no ser que estén exentas de prueba.

Desde esta perspectiva, por lo general, corresponderá a quien pretende por vía de acción o de excepción ofrecer o solicitar la prueba del hecho que constituye el supuesto normativo. Por la misma razón, se considera aquí independiente, no solamente respecto del esquema del proceso, esta especie de carga procesal, sino también frente a los sistemas de valoración de la prueba. Por eso Devis afirma que gracias a una mejor apreciación del acervo se aminora, pero no desaparece la posibilidad de la incertidumbre probatoria:

“Esta noción opera tanto en el sistema de la tarifa legal como en el de la libre apreciación por el juez, porque en ambos puede ocurrir que éste se halle ante la ausencia total o ante la deficiencia de la prueba aducida (en el último puede disminuirse esa posibilidad, gracias a una mejor apreciación del material probatorio, pero no llega a desaparecer” (1987, p. 426).

1.2 Integración de los aspectos objetivo y subjetivo en el artículo 167 del CGP

Para integrar el primer ordinal del artículo 167 del código general del proceso, a lo dicho hasta ahora, debe realizarse en principio dos observaciones. La primera, siguiendo a

Betancur (1982), es que se trata de una norma sucedánea de la prueba, que tiene aplicación sólo en caso de no encontrarse probados los hechos en que se funda, la pretensión o la excepción, sirviendo para distribuir el riesgo devenido por la incertidumbre. Y, respecto de la segunda, es necesario decir que sólo tiene aplicación respecto de aquellos hechos que constituyen *thema de prueba*, y, por tanto, *thema de decisión*. En este sentido, Devis ha manifestado que:

“Por necesidad o tema de la prueba (*thema probandum*) debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo el conocimiento el juez no puede decidir; es también una noción objetiva, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de esos hechos o de alguno de ellos, sino en general el panorama probatorio del proceso, pero es concreta porque recae sobre hechos determinados.” (Devis, 1987, p 142)

Para la debida comprensión del tema, se explica la aplicación de la carga de la prueba dentro de la operación racional del juez, consistente en la subsunción dentro de la decisión judicial, la cual se ha entendido como una cadena silogística, en la cual la premisa mayor está constituida por la norma jurídica sustancial que ha de aplicarse al asunto en particular. En cambio, la premisa menor se encuentra constituida tanto por las afirmaciones y el estado de hecho que los medios de confirmación procesal propenden a confirmar.

La regla de la carga de la prueba tiene incidencia en la cuestión de hecho dentro de ese mecanismo silogístico, determinando así, quien tiene interés en que resulte probado un hecho determinado; y a su vez, le indica al juez cómo distribuir el riesgo de la incertidumbre, estos dos aspectos representan tanto el aspecto objetivo como subjetivo, y al mismo tiempo, el aspecto abstracto y concreto de la carga de la prueba.

En todo caso, debe advertirse aquí que se trata de una norma procesal²³ que para su aplicación requiere de la norma sustancial cuyos efectos jurídicos pretenden derivarse dentro

²³ El tratamiento que se le da a la norma general que distribuye el riesgo de la incertidumbre, es aquí tratada en los términos de Devis (1987) para quien: “no consideramos que se trate de una norma de derecho materia, sino de derecho procesal, puesto que regula la actividad decisoria del juez” (p. 430)

del proceso o en términos de la codificación “(...) el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. En este sentido la Corte Suprema de Justicia mediante el Auto de Inadmisión 1491 – 2022, explica que:

“No tienen la calidad de normas sustanciales las que van dirigidas a regular el trámite, como en principio tampoco son sustanciales aquellas otras que regulan la actividad de las partes y el juez en orden al decreto y práctica de las pruebas, normas por eso llamadas probatorias. Que aun cuando pueden contener la garantía de derechos fundamentales como el debido proceso, de defensa y contradicción, derechos que así mismo se garantizan con las normas meramente procedimentales, no regulan una situación jurídica concreta” (p. 22).

El ámbito de aplicación, concebido con sus implicaciones, tiene un amplio margen, toda vez que, el estatuto procesal es aplicable tanto a los procesos de familia, como a los de derecho público, los laborales y en general a todo aquel asunto que no tenga una norma específica o especial.

De lo dicho hasta ahora, se colige que la carga de la prueba, como está redactada en el ordinal primero del artículo 167 del C.G.P, tiene como criterio de distribución del riesgo tanto de la incertidumbre como del aspecto subjetivo de la carga de la prueba, así como el interés práctico de la aplicación de la norma sustancial. En otras palabras, la carga de la prueba como distribución del riesgo, se centra en aquel extremo procesal, que pretende deducir los efectos jurídicos, ya por vía de acción o vía de excepción.

Adicionalmente, existe otro criterio de distribución con una amplia aceptación en los ordenamientos jurídicos como el español o el italiano, éste es el que toma en cuenta la naturaleza del hecho, en éste también existen modulaciones en cuanto a las circunstancias particulares del caso y a lo que se pretende deducir del hecho constitutivo, impeditivo, extintivo, entre otros.

En ideas generales, explica García (2007), autora española, que la caracterización tipológica de los hechos, se dividen en 4 diversidades²⁴. El primero, lógicamente, es el hecho constitutivo que encuentra en la base de la pretensión y que hace referencia al nacimiento mismo de la relación jurídica. En términos de Micheli (1982), citando a Fitting y a Rosenberg:

Rosenberg clasifica a tal fin las normas en constitutivas, modificadas, extintivas e impeditivas (según lo que ya Fitting había observado), contraponiendo la norma-base (Grundnorm) a la contra-norma (Gegennorm); la cual contiene algunos elementos más que la primera, capaces de justificar el efecto contrario (Gegentwirkung). Partiendo de tales premisas, Rosenberg pone sobre el actor la carga de la prueba de los presupuestos de la norma constitutiva (además de los presupuestos de la norma de complemento) y, sobre el demandado la carga de la prueba de los presupuestos para la aplicación de aquellas normas que importan el rechazamiento [sic] de la demanda adversaria (p. 393).

La segunda tipología, se refiere al hecho extintivo, como aquel que encontrándose en la base de la relación jurídica propuesta por el actor, y, aun, cuando reconocen el nacimiento de la relación jurídica, la misma se opone en la medida en que la extingue, a diferencia del hecho impeditivo.

En igual sentido, la tercera división la centra en el hecho impeditivo, sincrónico y ordinario u originario, porque se ubica en el nacimiento de derecho constitutivo e impide que este desarrolle su efecto jurídico normal como son las causales de nulidad o inexistencia de contrato.

Finalmente, la cuarta tipología, los hechos excluyentes, “son aquellos hechos sobrevenidos que aun reconociendo la valides de la relación jurídica propuesta por el actor

²⁴ Desde el punto de vista de Piquer, esta fórmula describe lo que para él es el criterio subjetivo, y parafraseando a Aragonese, dice “el criterio subjetivo es aquél por el que se hace depender la prueba de los hechos afirmados, y por razón de los mismos, del demandante o del demandado. De este modo, al demandante le corresponde la prueba de los hechos constitutivos, mientras que al demandado le corresponde la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes” (2006, p. 70).

no extinguen la consecuencia jurídica pretendida sino que la excluyen en determinados supuestos, como por ejemplo la prescripción” (García, 2007, p. 64).

1.3 Posturas críticas y posición propia

En el último lustro, la carga de la prueba ha sido objeto de significativas críticas, cuyo fundamento se encuentra en la teoría de la decisión judicial y en la forma misma en que [debe o debería] funcionar el ordenamiento jurídico. La postura crítica que se aborda, parte de que la carga encuentra legitimación en el proceso inter-partes, aportando una justificación a la sentencia; no obstante, esta justificación no se encuentra motivada en el peso de la prueba, es decir, en el fundamento epistémico de la decisión, ya que los efectos jurídicos de dicha carga se derivan de la falta de certeza.

La mencionada incertidumbre tiene la consecuencia a su vez, de desestimar la pretensión o excepción que tenga por base el hecho incierto. Para Nieva, no se trata de que el hecho no haya acaecido, sino que “lo que sucede es que se ha intentado probar y no ha sido posible demostrar ni que existe ni que no existe, y ante tal circunstancia no se puede aplicar la norma jurídica que parte de su existencia” (2019, p. 44). Se puede interpretar al autor español en el sentido, según el cual, la valoración subsume cualquier otra fase de la motivación y la decisión misma.

En ese mismo sentido se lee a Taruffo, para quien “La función fundamental del proceso y de la decisión que lo concluye consiste sobre todo en la correcta aplicación del derecho a los hechos del caso específico” (2019, p. 19), de donde se desprende que, al hecho constitutivo probado, se corresponde la decisión que reconozca los efectos jurídicos de la norma sustancial que lo gobierna. En palabras de Taruffo:

“Imagínese un ordenamiento en el que no existe una regla sobre carga de la prueba. En este sistema, simplemente sucedería que si hay prueba del hecho constitutivo del derecho afirmado por el actor, se acoge su demanda, mientras que si este hecho no resulta probado, la solicitud debe ser rechazada porque no resulta existente el derecho sustancial que constituía su objeto. Análogamente, se acogerá la excepción del demandado si se prueba el hecho extintivo, modificativo o impeditivo del derecho sustancial reclamado por el demandante, naturalmente si se demuestra la existencia de este derecho, mientras que se rechaza si no hay pruebas de estos hechos, ya que la excepción es infundada y en su lugar existe el derecho alegado por el actor” (2019, p. 19).

Esta postura teórica de Taruffo, que se incorpora en el prólogo del libro “contra la carga de la prueba” publicado en el año 2019, representa un viraje en sus consideraciones previas a la carga, especialmente hasta 2017, al punto de poder considerarse un segundo Taruffo.

El doctrinante italiano, parte de la idea, según la cual, el proceso civil ya no es una cuestión privada, del cual los vestigios del principio dispositivo han ido desapareciendo, o terminarán por desvanecerse a través de la maximización del peso probatorio, de la correcta valoración de las pruebas, del aumento sustancial de poderes de instrucción y de instrumentos sancionatorios civiles y penales, que enerven las conductas dirigidas a obstaculizar las resoluciones probatorias del juez (2019). Dentro de estos mecanismos, al igual como lo hace Ferrer (2019), incluye dentro de dichos instrumentos el *Discovery* o descubrimiento anticipado del material probatorio.

Frente a los muy persuasivos argumentos de Taruffo (2019) y Nieva (2019), el presente trabajo toma postura, por la metodología normativista seleccionada, conforme los siguientes:

- El primero de ellos es que la relevancia otorgada a la carga de la prueba en su aspecto objetivo no es meramente aparente, sino que ha sido y es útil como norma legislada, ya que ofrece al usuario de la justicia claridad sobre los fundamentos de la sentencia.
- Es útil también en su aspecto subjetivo, ofreciéndole a la parte y al abogado que representa sus intereses, criterios de incumbencia y de interés sobre los cuales trazar estrategias de litigio, siendo estas reales, serias y pródidas.
- En su aspecto objetivo, la carga le impone al juez la obligación de motivar en la sentencia, aun en caso de incerteza, sobre criterios claros y legales, en los cuales funda la prosperidad o fracaso de las pretensiones y alegaciones de las partes.
- Vinculada a la anterior, se encuentra la consideración sobre el hecho de que la valoración de la prueba cumple una *función* dentro de un *momento* específico del acto decisorio. Lo cual es diferente al elemento funcional y cronológico del reparto de las consecuencias jurídicas derivadas de la incertidumbre: por esencial que resulte no es igual, dar por probado o no un hecho, que determinar cuáles hechos componen el supuesto normativo, cuáles el *thema de prueba* y cuáles el *thema desiderandum*.
- Por otro lado también, se aparta el presente, del enfoque crítico planteado, en lo que se refiere a la seguridad jurídica, la cual Nieva ubica en la cosa juzgada, y no en la norma del

“*onus*”. Frente a este cuestionamiento, el autor considera que es la cosa juzgada, por ser esta “la que cierra el sistema y no la carga de la prueba [...]. La cosa juzgada es la prohibición de reiteración de juicios” (2019, p.44).

Al respecto, se observa que la cosa juzgada solo se produce una vez ejecutoriada la sentencia, sin tener en cuenta que un yerro en el *onus probandi* hace susceptible de impugnación a la providencia, ya mediante el recurso ordinario de apelación, ya a través del extraordinario de casación por error de derecho (en el caso en que verse sobre el inciso primero del artículo 167 CGP) o de hecho, en los casos de los incisos segundo y tercero; ambas hipótesis de la causal segunda del artículo 336 del CGP.

En suma, la seguridad jurídica proveniente de la cosa juzgada, y la seguridad que proviene de la correcta aplicación de la norma sustancial al caso concreto, por la adecuación del supuesto normativo a la cuestión de hecho; parece confundirse en las líneas del autor español porque no es lo mismo la seguridad jurídica proveniente de la certeza de no ser demandado en la misma causa, y la expectativa legítima de la realización del derecho sustancial.

La libre apreciación de la prueba es un triunfo innegable de la razón sobre las formas, también lo es cada triunfo y progreso del proceso como garantía y la tendencia publicista. Pero aquella, sin embargo, no es en sí, una garantía de actuación del derecho y de la justicia, sin el equilibrio de los mecanismos de impugnación procesal y límites legales, y demás controles que restringen en la democracia al activismo judicial.

No es que la carga de la prueba este subsumida en el orden jurídico, sino que como está concebido el ordenamiento jurídico es el fundamento de la carga de la prueba, en palabras de Rosenberg, esto se concreta así:

“Las normas relativas a la carga de la prueba pertenecen al mismo sector que el precepto jurídico cuyos presupuestos deben resultar de los hechos litigiosos; pues cumpliéndose los presupuestos de sus preceptos, el sector del derecho que determina el contenido de la sentencia judicial también debe responder a la cuestión de cómo ha de decidir el juez cuando la existencia de un presupuesto de sus efectos jurídicos no se ha probado” (1956, p. 73-74).

1.4 Dinamismo probatorio: relativo a los incisos 2do y 3ro del artículo 167 CGP

En los incisos segundo y tercero del artículo 167 del C.G.P, se encuentra, la forma como el legislador se acopia de la denominada teoría de la carga dinámica de la prueba. Para el año 2012, en el cual se expidió dicho estatuto, el instrumento en cuestión no resulto novedoso al menos, en su carácter esencial, porque tenía antecedentes directos en el ordenamiento jurídico colombiano por vía de elaboración jurisprudencial, y más precisamente, en el tratamiento que el Consejo de Estado dio a los casos de responsabilidad del estado con ocasión del daño en los servicios de salud.

Dicho tribunal de cierre elaboró una serie de posturas mediante las cuales atenuaba la rigidez de la regla contenida en el ordinal primero referido a la carga. Esta flexibilización²⁵ o atenuación probatoria tuvo su etiología en los fallos de la década de los noventa hasta el 2006, y se manifestaron a través de una serie de posturas que estructuraron primero la falla presunta, y la carga dinámica a partir del año 2000, mediante las cuales se aligeró la tarea del usuario-demandante respecto del acopio probatorio, y particularmente dicha facilidad recayó sobre la probanza de determinados hechos que evidenciaron la imposibilidad o un grado alto de dificultad probatoria.

Dentro de estos mecanismos de atenuación de la carga de la prueba, empleados por el Consejo de Estado, se estableció la regla según la cual, el médico, el centro de salud, o el prestador de servicios médicos, era a quien le correspondía probar que obró de acuerdo con la Lex Artis y en ausencia de “culpa” que estructurase la responsabilidad o falla en el servicio.

Se fundamentó, la implementación de tales mecanismos, en la imposibilidad en que se hallaba la parte para probar determinados hechos por encontrarse en poder de la contraparte (el historial clínico, informes e inventarios de los procedimientos, etc.), o en el alto grado de dificultad por las circunstancias técnicas implementadas.

²⁵ Refiriéndose a la disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217 numeral 7 de la LEC, Bonet (2009) hace evidenciar que se trata del resultado “de unos criterios lógicos, de una máxima de la experiencia y de la constatación de su necesidad en la práctica jurisprudencial”. (p. 286)

Frente a dichos antecedentes jurisprudenciales, se argumentaron decididas razones y críticas, más fundadas por la modalidad de la implementación que por falta de sustento jurídico, como lo fueron: la desnaturalización de la tipología de responsabilidad, el extremo alcance de presumir la culpa del médico, y la ausencia de requisitos formales y materiales para su ejercicio por parte del tribunal.

Los debates internos del órgano colegiado, llevaron al Consejo de Estado a retornar a la falla probada, así como la regla general y abstracta de la carga de la prueba, entonces vigente del artículo 177 del código de procedimiento civil (el hoy derogado decreto 1400 de 1970).

Frente al particular mecanismo de facilidad probatoria, denominado dinamismo probatorio o carga dinámica de la prueba²⁶, debe entonces observarse que su denominación y principales rasgos se enmarcan en la teoría forjada en Argentina, y que a Colombia llega a través de los desarrollos teóricos de Peyrano, que si bien, realizó aportes a este respecto, con elementos diferenciales y a la vez comunes, se acerca a la legislación española, la cual introdujo las expresiones de disponibilidad y facilidad probatoria en el artículo 217 numeral séptimo de la ley de enjuiciamiento civil del año 2000.

En realidad, todo el Código Civil y Comercial constituye una muestra de fe en el activismo judicial y en la capacidad de los jueces para encontrar soluciones razonables y así ponderar los valores en juego y no limitarse a subsumir automáticamente los hechos litigiosos en normas legales infraconstitucionales. Ponderar es también aceptar

²⁶Muñoz Sabaté (1997), expresa como la legislación española ha optado por soluciones intermedias cuando se trata de materias *Difficilioris probationes*, como la valoración de los indicios endoprocesales: “En todos estos casos, de ostensible resquebrajamiento de la regla clásica, la jurisprudencia a veces se ha atrevido a un ataque frontal del principio que en nuestro derecho contiene el art. 1214 del C. C., y ha preferido optar por soluciones más oblicuas, arropándose en inferencias *endoprocesales* surgidas de la conducta de la contraparte, la cual, situada en mejor posición heurística, omite o impide toda producción probatoria. Nada se opone en tales supuestos a que dicho comportamiento procesal del adversario sea considerado por el juez como un elemento presuntivo bastante para dar por demostrada la afirmación de la parte contraria. De este modo los efectos propios de un desplazamiento de la carga de la prueba vienen a ser sustituidos por la valoración endoprocesal de la conducta del litigante, a quien jurídicamente no le atañe la responsabilidad de la carga. Por otro lado una serie de materiales indiciarios (principios de prueba por escrito, alegaciones del procurador *ad litem*, etc.), que en otros supuestos serían de escasa repercusión, se utilizan en cambio en tal situación para evidenciar plenamente el objeto de la prueba, combinándolos con la conducta omisiva de la contraparte” (p. 37)

lo diferente y tenerlo en cuenta y así no aplicar ciegamente reglas de reparto probatorio pensadas para casos corrientes y no para hipótesis excepcionales de gran dificultad probatoria para la parte sobre la que, en principio, recaería en la carga de la prueba (Peyrano, 2016, p. 4).

Se trata pues, de una figura cuya aplicación está condicionada a los elementos característicos del caso particular, por ello, el juez la concreta al momento de su aplicación (Ruiz, 2019). Y, además, vinculada a los elementos de equidad, tiene el rasgo singular de relacionarse con la disponibilidad y la facilidad de la prueba. La Corte Suprema de Justicia, al conocer del caso de responsabilidad médica, donde el tribunal que conoció la apelación aplicó la regla del ordinal primero y no la carga dinámica, decide en el caso concreto no casar la sentencia, por no encontrarse probados los supuestos de aplicabilidad de la carga dinámica:

“En lo que hace al error de derecho denunciado, vinculado a la inversión de la carga de la prueba (art. 177 C. de P.C.), es decir, como en el caso presente, a quien le corresponde asumir la acreditación del daño, la culpa y el nexo causal. Al demandante quien se declara víctima y, por ende, acreedor; o, al demandado, tildado de victimario y, por tanto, deudor. Particularmente la culpa como fundamento de la responsabilidad, situación que constituye el meollo del asunto analizado. Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia no han sido constantes, aunque, en las últimas décadas se ha afianzado la tendencia de establecer ese compromiso según las circunstancias particulares del caso.

(...) Como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien, en últimas, le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar (carga dinámica de la prueba), determinación a cargo del funcionario, según su criterio, aunque referido a circunstancias objetivas que develen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol (Corte Suprema de Justicia, 2016, SC12947).

En esta modalidad de distribución probatoria o redistribución del riesgo de la incertidumbre, el juez emplea los criterios dados por el legislador para hacer efectivo el derecho a probar y así, como instrumento, resulta útil para hacer efectivos no sólo derechos constitucionales como igualdad y acceso a la tutela judicial, haciéndola real y efectiva, sino también, complementa los fines del proceso a través de la adquisición de información útil y

medios de confirmación procesal, por lo que beneficia el componente epistémico, amplificándolo, a fin de lograr una sentencia basada en hechos reales y ciertos²⁷.

Dicho reparto, según el artículo 167 del CGP, procede de oficio o a petición de parte, y el término para realizar tal distribución, será “al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar” dicha distribución consistirá entonces en la orden de probar determinado hecho a la parte, que, en circunstancias procesales de igualdad, no le correspondería aportar.

La orden del juez, que debe ser motivada ha dicho la Corte Suprema de Justicia²⁸, tiene como presupuesto “la situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”. sin constituirse en un *numerus clausus*²⁹, porque la misma redacción no hace un cierre taxativo de condiciones, sino que deja su textura abierta, agregando la expresión: “entre otras circunstancias similares”, después de que en el mismo inciso el legislador establece a modo de ejemplificación de la condición que determina dicha situación favorable frente a la prueba:

- En virtud de su cercanía con el material probatorio.
- Por tener en su poder el objeto de prueba.
- Por circunstancias técnicas especiales.

²⁷Bentham (1971) en su obra *Tratado de las pruebas judiciales*, ya se había anticipado al denominado dinamismo probatorio porque “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” (p. 149). Lo anterior, porque a través del dinamismo y de la facilidad probatoria se logra, para este, el objetivo de la verdad en el proceso.

²⁸ La sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo ha planteado en los siguientes términos: “El denominado principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también tiene aplicación en asuntos de índole laboral o de la seguridad social y, dadas las circunstancias de hecho de cada caso en particular, en que se presente dificultad probatoria, es posible que se invierta dicha carga, a fin de exigir a cualquiera de las partes la prueba de los supuestos configurantes del *thema decidendum*. Sin embargo, la parte que en comienzo tiene la obligación de probar, debe suministrar evidencias o fundamentos razonables sobre la existencia del derecho laboral que reclama, para que la contraparte, que posee mejores condiciones de producir la prueba o la tiene a su alcance, entre a probar, rebatir o desvirtuar de manera contundente el hecho afirmado” (SL11325-2016).

²⁹ Al tratar el balance entre la carga de probar y la posibilidad de probar, Gil (2010) expresa que deben de encontrarse dos supuestos de aplicación: “En efecto, para su aplicación deberá acontecer una doble circunstancia, esto es, dos supuestos de aplicación de la distribución dinámica de la prueba: a) La imposibilidad o dificultad que presenta para una de las partes probar los hechos en que se funda su pretensión. b) Mejor posición probatoria de la contraria en relación con el mismo presupuesto de hecho”. (p. 74)

- Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio
- Por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte

El primero de dichos condicionamientos es la cercanía que tiene la parte con el material probatorio. Muy cercano al concepto de *vicinanza*, la cercanía con el material probatorio se refiere a aquella situación fáctica en la que se encuentra una parte que en general, no está llamada por “su incumbencia” a probar determinado hecho, pero que por su “ejercicio de una profesión o por autorización legislativa para la administración o protección de datos o documentos como las historias clínicas, información relacionada con la seguridad social, etc.” (Ruiz, 2019, p. 234).

Dicho en otras palabras, se establece una mejor posición probatoria de ese extremo procesal, que “supone una mayor cercanía a la fuente o medio de prueba necesario para acreditar los hechos que fundan la pretensión de la contraparte” (Gil, 2010, p. 74). Se asemeja por su cercanía a la hipótesis según la cual, por circunstancias de hecho, es la contraparte que la que tiene en su poder el objeto de prueba.

La segunda de las circunstancias que emplea el legislador, para ejemplificar la posición más favorable, consiste en el estado real y material, generado por una situación de hecho en el que “uno de los justiciables tiene la administración al depósito de los elementos, cosas o animales cuyo estado, naturaleza y demás circunstancias es necesario probar en un determinado proceso” (Ruiz, 2019, p. 235).

Sucede lo mismo, cuando el inciso, del artículo 167 del CGP, en estudio hace referencia a “la intervención directa en los hechos” y a la parte que ostenta un dominio sobre el medio de prueba por las “circunstancias técnicas especiales”, donde los mismos son de carácter técnico, científico y artístico; y, por cuestiones de hecho “una de las partes tiene el manejo o administración de dicho conocimiento”:

Se trata entonces, de situaciones en las que por las condiciones fácticas, sociales, reglamentarias, legislativas o convencionales uno de los justiciables, se encuentra en evidente desventaja para probar los hechos pertinentes, y no tiene a su favor ningún otro tipo reglas como presunciones u otro favorecimiento. Sin duda, en este sentido, el derecho a la prueba se ve protegido con el dinamismo probatorio. No obstante, dado que el juez en la aplicación de esta regla tiene unos criterios de justicia material, semánticamente muy amplios, siempre existe el riesgo de que pueda actuar de forma

arbitraria al atribuir a una de las partes la carga de aportar prueba sobre algo tópicos de los hechos en proceso (Ruiz, 2019, p. 236).

Para interpretar las expresiones “tener en su poder el objeto de prueba”, “circunstancias técnicas especiales”, “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 contra parte, pueden tomarse las palabras de Gil Seaton (2010):

El primer supuesto de aplicación de la doctrina, la dificultad probatoria supone que la parte sobre la que originariamente recae la carga de probar se encuentra obstaculizada para producir la prueba en juicio, ya que no puede acceder al medio probatorio o no puede aportar en el proceso medios de prueba que le permitan acreditar el supuesto fáctico invocado. Esta desigualdad material pone a esta parte en una posición débil frente a la otra, provocando una situación de indefensión por cuanto no podrá acreditar en juicio los hechos en los que funda su pretensión.

En cuanto a la mejor posición probatoria de la otra parte, diremos que ésta supone una mayor cercanía a la fuente o medio de prueba necesario para acreditar los hechos que fundan la pretensión de la contraparte, de modo que está en condiciones de aportarla al proceso con menores obstáculos. Esta mejor posición está dada porque la parte se encuentra en condiciones de rendir con mayor facilidad la prueba o bien tiene la posibilidad exclusiva de acreditar un hecho o por sus conocimientos profesionales o técnicos puede aportar la prueba al proceso de manera más fehaciente o incluso porque le significa un menor costo económico. (p. 75)

A través de la regulación, tal como viene concebida por el legislador del año 2012, es pertinente realizar observaciones respecto de la manera en que se pretendió solucionar o enfrentar las críticas planteadas a la modalidad jurisprudencial empleada por el Consejo de Estado entre la década de los noventa y el año 2006.

Esta corporación, al establecer que el juez determine la situación favorable de aportación durante el decreto de las pruebas, durante sus prácticas o en cualquier momento antes de fallar, lo que hace es excluir la posibilidad de tomar por sorpresa a la parte que se encuentra en una de la hipótesis favorable para dicha aportación, situación que solía ocurrir con las sentencias del Consejo de Estado en las cuales, sorpresivamente asignaba la incumbencia y los efectos de la regla o mandato legal.

Dicho aspecto, también se halla vinculado con la posibilidad de interponer recursos de ley contra esta asignación o reparto probatorio; aclarándose que el recurso procedente contra estos, es el recurso ordinario de reposición (ante la ausencia de asignación sobre la procedencia del recurso de alzada o de cualquier otro mecanismo de impugnación procesal, debe interpretarse que es el común a todos los autos).

En términos similares también debe tenerse en cuenta, que mediante el recurso ordinario de apelación, como el extraordinario de casación, es perfectamente posible refutar los fundamentos fácticos que llevan al juez a tomar dicha decisión (contra la providencia que resuelve el mérito, y no la que ordena esta modalidad de carga procesal), por lo cual, como ya se ha mencionado, el auto debe estar debidamente motivado respecto de las condiciones que establece el mismo artículo, esto es, que la parte realmente se encuentre en la situación más favorable para realizar la aportación y que dicha situación de favorabilidad, respecto del medio de prueba, se encuentre debidamente acreditada.

Importantes críticas se han formulado frente a la carga dinámica de la prueba como método o medio amplificador de la información y medios probatorios dentro del proceso judicial. Ferrer (2019) establece en su construcción teórica, cómo el modelo, así concebido, surge de la confusión de los conceptos de carga en sentido tradicional o clásica, carga objetiva y carga subjetiva, y aún más allá de la confusión conceptual abarca entre sus opiniones una primera que es de gran utilidad para abordar en la figura dinámica.

Precisamente sobre la base de que, si bien las resultancias desfavorables por falta de prueba perjudican y por tanto incentivan la actividad probatoria de las partes, también existen otros mecanismos no relacionados con la carga de la prueba capaces de generar o atribuir dicho incentivo a las partes, entre estos, menciona el autor en cuestión, la posibilidad o autorización para que el juzgador realice inferencias a partir del comportamiento de las partes.

Así, frente a conductas como el silencio respecto de la información o el medio que tiene en su poder, o del cual se encuentra en una posición más favorable, uno de dichos mecanismos, es la imposición de genuinos deberes de producción probatoria, con consecuencias jurídicas frente a su incumplimiento solución que mantiene inalterada la carga

de la prueba, pues redistribuir esta última conlleva al desconocimiento del derecho sustancial incluso desde antes del proceso, implicando, a su vez, aspectos problemáticos frente a la indeterminación del derecho y a la seguridad jurídica que va incluso más allá de las reglas procesales.

Uno más entre los instrumentos disponibles y no tan problemáticos para la amplificación de información y medios de confirmación procesal, se encuentra el denominado Discovery, mediante el cual las partes deben revelar frente a su futuro oponente los medios a disposición (con o sin la tutela judicial).

Finalmente, también podrían desarrollarse mecanismos como el *discovery* o el *disclosure*, típicamente anglosajones, por los que no sólo las partes deben develar las pruebas que conforman su estrategia probatoria, sino que, sobre todo, permiten que la parte que no dispone de la prueba pueda requerir toda la información relevante que estime conveniente a la contraria, que tiene la obligación de ponérsela a disposición. La regulación de estos mecanismos procesales debe asegurar que la parte requerida ofrezca toda la información, sancionar las ocultaciones y limitar lo que los anglosajones denominan *fishing expeditions*, en las que la parte requirente solicita una gran cantidad de información a la contraria simplemente a la búsqueda errática de algún dato que pudiera serle de utilidad (Ferrer, 2019, p. 83).

Desde la manifestación de esos dos componentes, que para el autor representan alternativas al dinamismo probatorio, se recalitra en el hecho de que en su propuesta el *deber* cumpla una función estelar y se esquematice a su vez por sanciones que podrían ser de carácter pecuniario, civil o penal o incluso meramente procesales, pero que conllevarían a mantener inalterada la carga objetiva de la prueba.

Sin embargo, estas propuestas son *de lege ferenda* tal como el mismo autor lo indica, pero continuando con la línea argumentativa, en el contexto teórico del dinamismo probatorio, tiene especial relevancia la textura abierta que emplea el legislador para definir la condición de situación más favorable. La aplicación concreta (caso a caso), realizada por el juez de acuerdo con las características particulares del juicio se relaciona con el grado de dificultad o facilidad en que se encuentran las partes respecto de la adquisición y producción probatoria.

Dicha producción y adquisición de prueba se enmarcan en la garantía constitucional consagrada en el artículo 29 de la constitución política, bajo la expresión del derecho a solicitar y presentar pruebas. Para su efectividad se encuentran legislados instrumentos o mejor, mecanismos que lo desarrollan dentro del proceso. En ese marco se encuentra, la carga de la prueba con sus contenidos y aspectos, integrándose a ella como mecanismo, el dinamismo probatorio, y de los demás dispositivos de facilitación y exención de prueba. En ese sentido, las presunciones y los modelos sustanciales de responsabilidad civil se encaminan a la realización del derecho a probar³⁰, por ello, hacen parte de los mecanismos de efectividad.

Esos mecanismos manifiestan la intención del ordenamiento jurídico de maximizar las fuentes epistemológicas en el proceso, aptitud que es elevada a principio por Taruffo (2018)³¹. Se precisa entonces hacer la observación de que, dicha expansión en el plexo dinámico es un deber-poder, en función del conocimiento al servicio del proceso, por eso, el autor español Ferrer la explica desde su factor funcional: “se atribuye al juez la potestad de alterar la carga de la prueba en el caso concreto en función de su evaluación sobre cuál de las partes tiene mejor acceso a la prueba o mayor facilidad para producirla” (Ferrer, 2018, p. 54), o también en sus palabras:

En mi opinión, la doctrina de la carga dinámica de la prueba ha tenido la virtud de poner el foco de atención en la importancia de extraer consecuencias jurídicas de la relativa facilidad o disponibilidad probatoria de cada una de las partes en el proceso, estableciendo incentivos a su colaboración procesal en la averiguación de la verdad (Ferrer, 2018, p. 59)

³⁰ Para Joan PICÓ I JUNOY (1997): “La constitucionalización del derecho a la prueba se debe a la especial relevancia procesal que adquiere la actividad probatoria, en la medida en que cumple la finalidad de fijar los hechos a los que el juez, en su sentencia, de terminará el derecho. La prueba se configura así como la actividad procesal clave en la historia de todo pleito, pues de ella depende que el juez logre su convencimiento acerca de los hechos litigiosos y aprecie o desestime las pretensiones formuladas por las partes” (p. 528).

³¹ Sobre la maximización de la información, para Michelle Taruffo: “Dentro del contexto del proceso, estamos hablando de las informaciones que son proporcionadas por las pruebas adquiridas en cada caso en particular, y vale el principio de la maximización del “peso probatorio”, o sea de la adquisición y la valoración de todas las pruebas disponibles, como condición para conseguir el grado más elevado de confirmación del enunciado” (Taruffo, 2018, p. 24).

Pese a las críticas esgrimidas por el autor español, tanto al dinamismo probatorio como a la relatividad de la verdad, como justificación para un esquema procesal (y de administración de justicia), en el segundo plano hace evidente la justificación de un determinado mecanismo de efectividad del derecho a la prueba.

Dicha fundamentación y justificación tiene en su núcleo la realización del derecho constitucional a probar, que también depende de factores sin los cuales es irrealizable. Se hace referencia al criterio de equidad que tiene en cuenta el legislador al establecer, tanto la regla general, como las facilitaciones y exenciones, que en últimas son expresiones singulares o particulares de la regla en su aspecto objetivo: la distribución del riesgo frente a la incerteza.

Con toda razón afirma Ruiz (2019) que “la regla de la facilidad probatoria es regla de excepción frente a la norma general de la incumbencia probatoria” (p. 164), pero explica el autor colombiano, además, que su existencia es previa al dinamismo probatorio y que tradicionalmente han existido mecanismos como las presunciones y las modalidades especiales de responsabilidad por el daño, y las cargas procesales que inciden o afecta la regla de juicio general:

“Con la facilidad probatoria ocurre que el juez, con respecto a algunos medios u objetos de prueba en concreto, puede variar el riesgo probatorio parcialmente con los criterios de equidad propuestos por el legislador. Estos criterios de equidad se dirigen a superar las dificultades probatorias de algunos sujetos, o con respecto a ciertos objetos de prueba. En estos términos, las reglas de facilidad probatoria son también un mecanismo de efectividad del derecho a probar en los eventos en que a ciertos sujetos se les dificulte la prueba de los hechos, o tengan inconvenientes en la recaudación de los medios de prueba. Sin duda, favorece la igualdad de cara a la actividad probatoria, la completitud probatoria, y en alguna medida, beneficia el conocimiento verdadero” (p. 163).

Así, debe precisarse que la situación más favorable no es regla de juicio o carga de la prueba, sino más bien una modalidad de carga procesal que altera la distribución probatoria, que en el caso del dinamismo autoriza al juez para imponer dichas cargas y condicionar la aplicación de regla de clausura. Las características que se extraen de esta postura teórica son:

- No es carga de la prueba
- Es carga procesal que afecta la regla de clausura
- Es residual

- Es regla tónica
- Afectan el peso de las pruebas

En su factor funcional, la facilidad probatoria incide en el *thema probandum* alterando los supuestos normativos ordinarios, y asignando presupuestos fácticos especiales para los sujetos de la relación sustancial en discusión; esta posición teórica permite caracterizar el dinamismo probatorio como “una modalidad judicial de distribución de la aportación probatoria que tiene efectos en la apreciación probatoria, en el peso de los medios o del acervo probatorio” pero cuya operatividad está supeditada al principio residual, esto es, que no haya “alguna otra regla de flexibilidad probatoria como las presunciones o reglas sustanciales o procesales que afecten el *thema probandum*” (Ruiz, 2019, p. 237).

En el proceso como relación jurídica de carácter público, y la prueba como derecho público subjetivo, se destaca la relevancia de los deberes, derechos y obligaciones que se desprenden de la Constitución Política, y no desde “su carácter privado, en especial cuando el interés en el litigio es el derecho de propiedad y, por ende, políticamente soportado en el liberalismo” (Ruiz, 2017, p.119) por esta razón se comparte los postulados de Ruiz Jaramillo y su construcción teórica sirve de fundamento para explicar las relaciones o articulaciones que generan, entre la carga de la prueba y diferentes mecanismos de efectividad del derecho a probar, como se verán en sus respectivos acápites del presente trabajo, los modelos de responsabilidad y las mismas presunciones.

En este contexto, Ruiz (2019) afirma sobre la aportación:

La aportación o producción probatoria tiene los siguientes entendidos: derecho de los justiciables, principio procesal, carga o deber procesal, como se ha dicho, la idea básica es que hay que concebirla como un derecho público subjetivo en el que los conceptos de carga y de deber son subordinados a aquél; también esta subordinación hay que predicarla para el denominado “principio procesal de aportación de parte”. Asimismo, se advierte que la concepción de “derecho subjetivo” de la que se parte es la de “valor esencial” y se rechaza la de la “voluntad” o del “interés” (p.15)

En el mismo contorno, hay que definir el tema de la prueba como criterio decisorial y nunca como carga de la prueba porque sirve para determinar la admisibilidad de un medio de prueba y sobre la fijación de los hechos. Tampoco es tema de decisión, su gran incidencia es respecto de aquellos hechos que requieren suficiencia probatoria.

Por ejemplo, los sistemas especiales de responsabilidad por el daño como las presunciones de culpa hay que decir que se trata de normas de derecho sustancial que cumplen la función propia de cualquier norma sustantiva, de aportar los presupuestos fácticos del respectivo derecho subjetivo objeto de la pretensión o del tema de decisión de la sentencia. Son situaciones con apariencia de presunciones en la medida que generan verdades interinas; pero en todos estos casos se trata de reglas que implican una distribución probatoria especial, porque aligeran la prueba del sujeto de la pretensión, y agravan la situación probatoria de la parte pasiva o la parte en posición de excepción o resistencia. En estos casos se presenta una forma de configurar el *thema probandum* y, como efecto práctico una distribución probatoria; pero no produce inversión probatoria en la carga de prueba como regla de decisión.

En resumen, estas reglas y modelos, unos de carácter procesal (como los hechos notorios, las negaciones indefinidas, y el dinamismo) y otros de naturaleza sustancial, que se traducen en facilitaciones, se estructuran según los fines del proceso y del estado, esto es, la adquisición de la verdad como medio para la decisión más justa, y como medio idóneo para la realización del derecho sustancial. Efectivamente se fundan en criterios de equidad, unos ya incorporados en las normas sustanciales y que tienen impacto en el *thema probandum*, otros, en las normas procesales y en la norma regla.

Dichos criterios favorecen la igualdad de las partes y la completitud probatoria y en el caso colombiano, se desarrollan en los tres dispositivos contenidos en el artículo 167 del código general del proceso, tanto la regla general de distribución del riesgo, como el dinamismo, y la exención de los hechos notorios y las negaciones indefinidas.

1.5 Crítica y posición propia

Si bien, en el presente desarrollo investigativo, se ha asumido una posición respecto de la carga dinámica de la prueba, según la cual más que una regla distributiva, se aproxima más a la deducción de consecuencias jurídicas respecto de la conducta de las partes, por establecer un indicio endoprosesal a través de la omisión o silencio. Sin embargo, la carga dinámica de la prueba no es objeto de averiguación en cuanto a la conveniencia o no de introducirla al ordenamiento jurídico, porque la misma se encuentra integrada. En este sentido, también lo ha hecho la corte, en la sentencia con SC 21828 – 2017 que, ante la omisión del galeno, respecto a la orden de aportar el historial clínico integral y completo, lo condenó, pese a no encontrarse prueba directa de su error de conducta culposa (infracción a la *lex artis*),

estableciendo, de la conducta omisiva, el indicio endoprocesal que conduce a la sentencia adversa³².

Por el contrario, el objeto es determinar, siendo ésta ya introducida, los beneficios que puede representar para el proceso jurisdiccional. Lo anterior porque, una vez integrado al conjunto normativo del artículo 167 en sus incisos primero y segundo, forma parte del ordenamiento jurídico y representa a su vez la posibilidad de que en determinadas circunstancias el juez aplique sus efectos jurídicos.

En este sentido, la gran relevancia que tienen los precedentes jurisprudenciales ya mencionados del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, mediante los cuales, la misma adquiere un valor significativo no solamente frente a los casos concretos sino al valor representativo adicional incorporado, toda vez que hace efectivo el acceso a la tutela jurisdiccional donde la situación desventajosa del demandado, puede representar un verdadero estado de desigualdad y desequilibrio en la relación jurídico-procesal.

La carga dinámica de la prueba se torna así, en un instrumento útil y necesario para hacer efectivo el derecho a probar, que es un derecho público constitucional, fundamental y autónomo, a este respecto, la carga así entendida, cumple con su fundamentación inicial, la cual tiene carácter epistémico y es precisamente, amplificar el contenido de información que permita tomar una decisión válida, razonable y lo más justa posible.

Sin duda, la situación desventajosa en la que se encuentra aquella parte que, por encontrarse en la situación donde la prueba sea de escasa o imposible consecución por

³² En el grupo de posturas que ha asumido la Corte Suprema de Justicia, se encuentran la caracterización de la carga dinámica como deber de aportación y la aplicación del indicio endoprocesal, en el año 2017, la corte se manifestó al respecto en los siguientes términos: “Esta sentencia constituye un hito jurisprudencia por el enfoque y sustitución de la carga dinámica, al deber de aportación, toda vez que, mediante los salvamentos de voto, se evidencio la división de la sala, con rasgos y elementos ideológicos, de los que se resalta aquí como principal aspecto, el de considerarse que solo puede construirse el indicio a través de un hecho debidamente probado, no así del solo comportamiento de la parte. O lo que es lo mismo, de un indicio inexistente. Otro elemento que se destaca de esta providencia es la incompatibilidad entre el deber de aportación y la sanción, la cual se relaciona más con la multa que la sentencia desfavorable”. (Corte suprema de justicia de Colombia, expediente SC 21828 – 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo).

encontrarse en el dominio de la contraparte, por su cercanía, facilidad o por elementos estrictamente técnicos, genera situaciones profundamente negativas y devastadoras frente a importantes principios y garantías que deben ser consolidadas dentro del proceso. En la medida en que implemente más instrumentos de equiparación e igualación entre partes materialmente desiguales, así como instrumentos de estimulación respecto a la producción de conocimiento para el proceso, más efectividad adquiere el derecho a la prueba y el acceso a la jurisdicción.

La carga dinámica de la prueba, concebida como lo hace el artículo 167 del C.G.P., establece mecanismos viables y positivos mediante los cuales, es posible controlar la decisión del juez y en este sentido, al delimitar con criterios claros, tanto materiales como formales, la dinamización de la carga, se protege también el debido proceso (probatorio) y se materializa el derecho fundamental a probar.

1.6 Hechos indefinidos y hechos notorios: inciso final del artículo 167 del CGP

Formular como se ha hecho hasta ahora, un análisis de los preceptos incorporados en el artículo 167 del Código General del Proceso, implica la ubicación del contexto no solo dentro de la carga de la prueba en cuanto carga procesal sino, como mecanismo de efectividad del derecho a probar. Entre los instrumentos que el estatuto general hoy vigente integró, se halla el incorporado en el derogado artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que en su inciso final prescribía: “los hechos notorios y las negaciones indefinidas no requieren prueba”.

Esta modalidad de exención probatoria, constituye la principal diferencia entre esta codificación y la materia penal, donde al ente acusador incumbe la carga de la prueba respecto: del hecho punible, el autor y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que acaece. En materia civil, en cambio, se presenta la discusión sobre, si en las negaciones se comprende

la carga de probar a cargo de quien la formula³³. El aspecto problemático y por el cual ha sido objeto de debate por la doctrina, es la determinación de la imposibilidad de prueba y la verdadera naturaleza respecto de los hechos indefinidos³⁴, a los cuales el legislador denomina, afirmaciones y negaciones indefinidas³⁵.

Al respecto Bonnier (1928)³⁶, aplica la lógica y otros principios de la razón para concluir que hay negaciones que en realidad son afirmaciones, pero en su formulación y estructura son alegadas como negación. Característica esta última sobre la cual se justifica su exención probatoria, cuando llena los requisitos, de ser indefinida o indeterminada en condiciones de tiempo, modo y lugar.

En otras palabras, se puede explicar así: la negación simple que realiza el demandado en el proceso civil no le asigna al demandante, per se, la carga de probar el hecho contrario, aunque por regla general, el demandante tiene la carga o la incumbencia de probar los hechos jurídicamente relevantes en que basa su pretensión.

Al demandado generalmente, le corresponderá por su interés la carga de la prueba, cuando el demandante pruebe los hechos constitutivos de los que pretende derivar efectos

³³Respecto de las negaciones, Framarino (1981) manifiesta que la carga de la prueba recae sobre quien afirma y no sobre quien niega: “El principio que denominamos lógico sostiene, pues, si se opone un hecho positivo a uno negativo, quien afirma el hecho positivo debe probar de preferencia, con respecto a quien sostiene el negativo; y a esto equivale el viejo aforismo según el cual *probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat*, que es decir, la prueba le incumbe a quien afirma, no a quien niega” (p. 158)

³⁴Por su parte, Azula, considera que el hecho es el determinante para constituirse como tema de prueba, por lo tanto, es necesario diferenciar entre las negaciones definidas y las negaciones indefinidas: “Empero, no es la manera como unas y otras se proponen, sino el hecho en sí lo que determina su calidad y, por tanto, que constituya tema de prueba. Hay expresiones que por su forma son negaciones, pero en el fondo constituyen afirmaciones, como sucede con las calificadas como definidas” (2015, p. 29).

³⁵ También la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en Sala de Casación Civil, en sentencia de casación SC172-2020, con el M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, expresa que: “desde la perspectiva del error de hecho, toda cuestión atinente a establecer si una afirmación o negación tiene el carácter o no de indefinido, (...) requiere un estudio sobre la calificación realizada por el juzgador a las manifestaciones de las partes, situación que atañe a la fijación del contenido y alcance de las pruebas, la demanda y su contestación, como presupuesto para distribuir cargas demostrativas y expandir su eficacia jurídica” (p. 6).

³⁶Bonnier (1928) en su obra *Tratado de las pruebas en el derecho civil*, Bonnier (1928), ejemplifica las afirmaciones expresadas como negaciones así: “¿No se adquiere diariamente la demostración clara e indiscutible de una proposición negativa, de esta, por ejemplo: una servidumbre de paso no es susceptible de prestación parcial? La opinión contraria llevaría a la consecuencia, que basta enunciar para que quede refutada, de quien quisiera negar una máxima recibida debería ser rechazado a priori como si intentara una prueba imposible.” (p. 46)

jurídicos, o en su defecto, cuando esté exento de prueba. Pero también, tendrá la misma carga respecto de los hechos constitutivos para la reconvencción o respecto de otros hechos que inhiban o invaliden los efectos jurídicos alegados por el demandante, a no ser que también gocen de facilitación probatoria.

Sin embargo, en ese contexto, para determinar qué hecho indefinido está exento de prueba debe en principio precisarse como lo hace Framarino Dei Malatesta (1981)³⁷ que los mismos se dividen en negaciones formales y sustanciales, entendiendo que las formales son las que se basan en la existencia de otro hecho que sustituye el afirmado por la contraparte, mientras la negación sustancial, solo acepta la nada en su lugar. De ambas categorías de negaciones, Framarino establece que la verdadera negación es la sustancial y respecto de esta, además explica, que su dificultad probatoria no proviene de su formulación negativa sino por su calidad de indefinidas:

La verdad es que existen negaciones formales cuyo contenido inmediato es la afirmación de un hecho positivo, y que por eso no tienen de negativo sino la simple forma; y que hay negaciones sustanciales, esto es, verdaderas negaciones, que presentan no solo la forma sino también la sustancia negativa, pero que no equivalen inmediatamente a ninguna afirmación de hecho positivo. El principio lógico se refiere a las negaciones sustanciales, no a las formales, las cuales, en realidad, no son negaciones. (Framarino, 1981 p. 159)

a) Las negaciones formales: de derecho, hecho y cualidad

Dentro de la clasificación propuesta por Framarino, se entienden las negaciones formales o aparentes, como aquellas expresiones negativas por su modo específico de estructurarse. En la clasificación que realiza Devis (1987), las negaciones formales contienen

³⁷ Para Framarino Dei Malatesta, las negaciones se clasifican en dos modalidades formales y sustanciales: “Hay especies de negación que son siempre formales, y hay otras que pueden ser formales y sustanciales. La negación de una cualidad determinada y de un derecho determinado son siempre formales. La cualidad no es sino el modo de ser de la sustancia y no puede imaginarse sustancia alguna que carezca de cualidad. No podemos, pues, negarle a un sujeto determinada cualidad sino cuando afirmamos de él de modo inmediato una cualidad contraria” (1981 p. 159).

una afirmación (implícita o explícita), y esta afirmación puede ser a su vez definida o indefinida, pueden tratarse de derecho, de hecho, o de cualidad.

- **Las negaciones formales en derecho:** son las referidas a determinada calificación jurídica (o relativas a una norma sustancial) sobre una conducta o situación de hecho, y en la práctica, consiste en la sustitución de la afirmación del demandante por otra situación calificada. Dentro de esta categoría se abarcan las afirmaciones sobre cuestiones jurídicas como la validez, eficacia y existencia de un determinado acto jurídico.

Un ejemplo de esta modalidad de negación formal es: “*no se trata de un arriendo*” porque incorpora la afirmación implícita de que se trata de otro contrato, como podría serlo uno de tenencia a título gratuito como un comodato precario.

- **Las negaciones formales de hecho:** son aquellas que se refieren al sentido más amplio, que se le da dentro la teoría general de la prueba y del objeto de la prueba, pueden ser hechos concretos o indefinidos. Cuando encierran una afirmación implícita o explícita son concretas (es decir, están definidas en condiciones de tiempo, modo y lugar) y por esa característica son susceptibles y requieren prueba, sólo son exentas de medios de confirmación procesal cuando hace referencia a un *Hecho Indefinido* porque son indeterminados en el tiempo y en el espacio. (Azula, 2015)

Un ejemplo de esta modalidad de negación formal es: *juan no vive con su familia* (incorpora la afirmación implícita de que tiene otro domicilio).

- **Las negaciones de cualidad:** simplemente equivalen a afirmar un hecho contrario de su cualidad, esto es, los atributos que tiene una persona o algo y que, por su misma naturaleza, encierran un hecho afirmativo, toda vez que se encuentra manifestando la cualidad opuesta o una cualidad diferente. La estructura de esta negación es por lo general concreta, pues sustituye las calidades de algo en la formula negativa.

Un ejemplo de esta modalidad de negación formal es: *esa escultura no está hecha de mármol* (incorpora la afirmación implícita de que está confeccionada en otro material).

b) Negación de hecho: formales y sustanciales

Esta clasificación se divide en dos subcategorías, las formales y las sustanciales. De las primeras, como ya se ha dicho, de las formales de cualidad y derecho, solo son negaciones por apariencia, puesto que incorporan de forma implícitamente una afirmación opuesta. Una negación formal de hecho para estar exenta de prueba debe consistir en una afirmación indefinida.

En ese sentido, explica Parra (2009) que las negaciones aparentes o formales se acreditan mediante el hecho positivo; y ejemplifica esta modalidad cuando se dice que un papel no es de determinado color, puesto que se prueba acreditando la propiedad cromática que efectivamente tiene. Asimismo, ejemplifica en el ámbito del derecho una afirmación formal mediante la expresión “este contrato no es de compraventa” (p. 137) pues la negación así formulada implica el hecho afirmativo definido que se puede acreditar, demostrando que es donación.

Por otro lado, las sustanciales, también llamadas absolutas, se explican en el sentido que le da Devis ya que, en contraposición a las anteriores o aparentes, “no implica por tanto ninguna afirmación indirecta o implícitamente” (1987, p. 210). Pues, solo se considera verdadera negación aquella sustancial o absoluta, según este sistema de clasificación que son negaciones de hecho.

Esta última observación es necesaria porque, la clasificación de las negaciones de hecho (en formales y sustanciales) permite diferenciar las que a su vez son negaciones definidas e indefinidas. Una negación definida de hecho, tiene por objeto los que son concretos y que presuponen la existencia de otro, delimitados en el tiempo y lugar, el autor en cita ejemplifica esta característica con la afirmación.

- Mi domicilio no se encuentra en Bogotá, es una afirmación formal definida porque se está queriendo indicar positivamente que el domicilio se encuentra en otra ciudad.
- La afirmación del impago es un ejemplo de negación sustancial: Juan no me ha pagado. Porque no está determinada en condiciones de tiempo y lugar.

Por otro lado, es preciso recalcar en que las negaciones formales de cualidad y derecho requieren prueba; a diferencia de las sustanciales o absolutas, como también de las formales indefinidas, esto, por la dificultad o imposibilidad para probar. La utilidad de trazar la diferenciación de las negaciones de hecho entre formales y sustanciales radica en comprender que las negaciones de hecho sustancial (nunca comporta una afirmación implícita o explícita) y en que la negación de hecho formal (que puede ser definida o indefinida) está exenta de prueba siempre que sean indefinidas.

La relevancia de tal distinción se hace notable, como lo manifiesta Parra (2009), sustentado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Civil, en el supuesto de la segunda causal de separación definitiva de cuerpos del artículo 154 del CC “el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone (...)”; la negativa cuando se refiere a todos los deberes es una mera forma gramatical que se convierte en la afirmación del hecho o los hechos contrarios, pues referido al supuesto normativo sustancial debe acreditarse las cualidades de “*grave e injustificado*” que el incumplimiento del deber conyugal debe comportar

La doctrina nacional como foránea, ubica este tema dentro del tema de prueba por generar una exención en la carga como incumbencia, y, por tanto, su determinación se da caso a caso; donde además se determina el grado real de dificultad o en su defecto la imposibilidad de prueba. También, debe precisarse, que tanto las afirmaciones absolutas o sustanciales de hecho y las afirmaciones formales de hecho indefinidas, pueden ser base de la pretensión tanto de la demanda como de las excepciones del demandado.

Respecto a las negaciones formales de cualidad o derecho son susceptibles de probarse, ya sea mediante prueba directa o indirecta, indiferente al extremo procesal que ocupe la parte, siempre que persiga los efectos jurídicos de la misma, y tendrá la titularidad de la carga de la prueba o de la incumbencia.

Es importante separar los hechos negativos o las negaciones, de la negación simple que puede realizar tanto del demandado respecto a las afirmaciones del demandante y de éste último al primero, pues por regla general implican que el hecho sea controvertido, y a menos

que gocen de exención³⁸ o facilitación de prueba, le impone a cada uno la carga de probar su propia afirmación.

La Corte Suprema de Justicia en Sala Civil, en providencia del cuatro de febrero de 2020, expediente SC 172- 2020, hace el llamado a la cuidadosa calificación de las negaciones indefinidas, en un caso donde el casacionista solicita la rescisión de una cesión accionaria, confundiendo el impago con la inexistencia del precio, razón por la cual la Corte deniega las pretensiones fundamentada en que el mismo contrato incorpora el precio (elemento de la existencia de la venta de acciones); y, en que la simple negación del pago por terceros, no impone la carga de su prueba al comprador, máxime que el contrato escrito advierte estar a “paz y salvo”.

“Así las cosas, en materia probatoria, es principio general, quien invoca un hecho, respecto del cual aspira a derivar consecuencias en derecho, debe acreditarlo, salvo, contadas excepciones. Por ejemplo, los hechos notorios; las afirmaciones y negaciones indefinidas; los casos en los cuales la misma ley dispone la inversión de la respectiva carga; o cuando según las circunstancias en causa, materia de investigación, haya lugar a ordenar judicialmente una suerte de prueba compartida o dinámica.

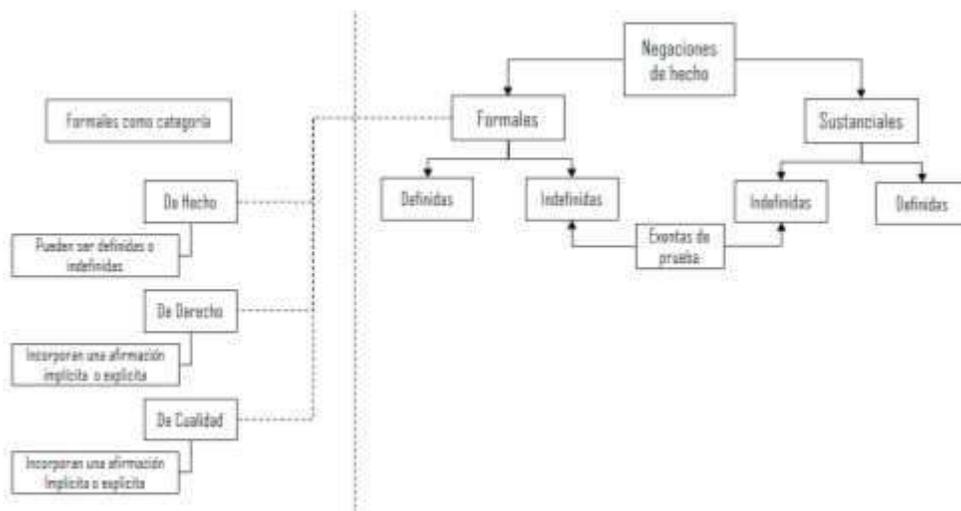
No obstante, en cualquiera de las señaladas hipótesis, la distribución de los deberes probatorios no engendra exoneración de la carga de la prueba.

Por esto, con independencia de donde provenga el medio de convicción, pues al fin de cuentas, recaudado, éste pertenece al proceso y no a las partes, la carga de la prueba no es un derecho del adversario, ni propiamente una obligación de probar, sino también un asunto de riesgo, en cuanto quien se sustrae a demostrar los supuestos fácticos de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue, trunca su pretensión, obvio, si de ello depende la suerte del litigio” (SC 172- 2020).

³⁸ Parra (2009) al tratar las negaciones indefinidas y su exención probatoria, para comprensión del lector ejemplifica las negaciones simples o afirmaciones indirecta de hechos concretos, de las indefinidas, resolviendo los mismos con los precedentes jurisprudenciales: “Se afirma que una persona no concurrió a una notaría a aceptar una escritura a nombre de su hija y que debió ser otra persona la compareció” (p. 140). En este evento, explica el autor que no se representa para la Corte Suprema una afirmación indirecta sobre el hecho concreto de que no fue la demandante sino X persona la que suscribió el documento; sin embargo, este enunciado es susceptible de prueba. Por ello aclaró la Corte en sentencia del 29 de Enero de 1975, que: “Para que una negación éste exonerada de prueba es indispensable que no implique por el contra la afirmación indirecta de un hecho concreto, pues de ser así ya no revestirá el carácter de indefinida” (p.140)

Figura 1.

Esquema de las negaciones, afirmaciones o hechos indefinidos.



Nota: Esquema de las negaciones, afirmaciones o hechos indefinidos. Maestría en derecho universidad de Antioquia. (2022). Autoría propia.

1.7 Hechos Notorios

El “hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo” (Corte Constitucional, Sentencia C-145, 2009). Así lo consagró el legislador procesal de 1970 y, del Código General del Proceso; pese a ser un concepto con un alto grado de aceptación “aun en la actualidad subsisten serias discrepancias que desde sus comienzos dividieron a los autores” (Betancur, 1982, p.78).

Respecto al tema en mención, para Devis (1987) existen dos teorías en la doctrina europea y americana: i) la de la minoría, que exige el conocimiento del hecho por todos en el círculo social respectivo; ii) la de la gran mayoría, que acepta como suficiente una divulgación o generalización relativa, en este círculo, siempre que el juez tenga conocimiento de ella desde antes del proceso o pueda conocerla por investigaciones personales o gracias a pruebas aportadas con ese propósito, durante el proceso, y no le quede duda sobre la verdad del hecho, aun cuando se le discuta por alguna de las partes (p.228).

Según Betancur (1982), el origen de esta exención probatoria se remonta al periodo clásico romano con referencia al testimonio; en el sentido en que, si un hecho es notorio no,

es preciso que los testigos depongan sobre él. Además, mucho se ha discutido sobre el concepto de notoriedad que puede tener un hecho dado.

Se ha dicho que es un concepto peligroso. Pero con la aplicación del principio de exención de prueba del hecho notorio se obtiene economía procesal, por una parte. Y, por otra, se aprestigia la justicia, evitando que ella incurra en “ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe, como dice Couture” (Rodríguez, 1983, p. 56). Además, este mismo autor dice del testimonio que pasó a una máxima de valor general, lo notorio no necesita prueba: (notoria non agent probatione). Para Betancur, “no solo no necesita prueba tampoco necesita aceptación de la contraparte y además los tribunales lo deben reconocer oficiosamente” (1982, p.79)

El efecto procesal característico de esta tipología de hechos es la exención probatoria, y pese a “la dificultad para precisar una noción no puede constituir una razón para rechazarla, pues de lo contrario, se debería eliminar otras no menos difíciles y discutidas, como las de acción, interés para obrar, legitimación en la causa y cosa juzgada” (Devis, 1987, p.221).

Se trata de otro mecanismo de facilitación probatoria del que, no obstante, “debe adoptarse un criterio restringido, que reduzca los casos concretos a los que realmente no ofrezca duda razonable sobre la existencia del hecho” (Devis, 1987, p.222)

2. SINGULARIDADES DE LAS PRESUNCIONES

Entre los mecanismos diseñados para hacer efectivo el derecho a probar, a través de exenciones, facilitaciones y flexibilizaciones³⁹, se encuentran las presunciones, que distribuyen la regla de la carga probatoria, y a su vez, se estructuran de manera que viabilicen la actuación judicial, que, de otro modo, representan dificultades en su confirmación procesal.

El autor colombiano Rodríguez (1970) explica que se contraponen como medios de conocimiento, la ciencia y la experiencia, y sobre ésta última, afirma que surge del análisis empírico de las prácticas, que objetivamente el hombre conoce, y mediante las cuales decide –con presupuestos de objeto y medio –.

De la observación sistemática, da lugar a la formulación de reglas o juicios de experiencia: conocimiento inconcluso o probable cuando mucho, que se relacionan con el sentido común. “Entendidas como juicios, las presunciones constituyen generalidades, reglas, leyes, conclusiones (o bien, hechos), que se toman anticipadamente, provisionalmente” (Rodríguez, 1970, p. 127).

La presunción es pues el resultado de la capacidad mental del hombre, a través de la observación sistemática, con presupuestos de objeto y medio. Para Silva Melero (1963) “las presunciones son conjeturas en virtud de las cuales, para un caso concreto se admite la existencia de un hecho concreto no directamente probado, mediante la deducción de la experiencia común” (p. 111). Por otro lado, Gama Leyva (2013) explica que un gran número de juristas conciben a las presunciones “como razonamientos, como inferencias, como una actividad o un proceso mental, como un procedimiento lógico o una operación lógica que lleva a cabo el legislador o el juez” (p. 69)

³⁹ O en términos de Muñoz Sabaté “el rango de “elasticidad” de la norma, que regla la carga de la prueba” (1997, p. 41”.

Así, del común a la vida y sobre las cuales hay un conocimiento más general, se convierten en presunciones jurídicas o legales⁴⁰, las cuales resultan en simples reglas de experiencia consagradas en la ley positiva, unas veces como directriz procesal, otras como mandato o preceptos sustantivos, y en ocasiones con ambas calidades. Algunas adquirieron firmeza y solidez con corroboración científica, mientras que otras precisamente por labor de la ciencia regresaron a su condición originaria sin calificación jurídica.

Azula (2015), que identifica en su clasificación, a las presunciones –jurídicas⁴¹- en dos clases, legales y judiciales, dividiendo las primeras, en el binomio *iuris tantum e iuris et de iuri*, y las explica a partir de las reglas de la experiencia, Por esto “en su acepción corriente la presunción es dar por cierto algo”(p. 371).

Al respecto, el autor Gama (2013), en su interpretación del sistema tradicional explica que existe una diferencia de grado entre las presunciones legales y judiciales, en el sentido en “que las primeras serían o bien una generalización y sistematización de las presunciones judiciales, o bien una cristalización de una máxima de experiencia utilizada previamente por el juez” (p. 73), mientras que, en su caso, las judiciales son construidas por el juez dentro del proceso.

Explica el autor que son “dos argumentos a favor de la asimilación conceptual de las presunciones legales y judiciales”, los cuales se ubican en su naturaleza y su fin. Sobre el primer aspecto, la naturaleza, se cimienta en la identidad estructural, “conformada por un hecho base, un hecho presumido y un vínculo entre ambos”. Así, la única diferencia entre

⁴⁰ “Algunas presunciones legales son las siguientes: la del art. 1713 del C.C. (sobre condonación de deudas, la que se presume si el acreedor entrega, destruye o cancela el título de la obligación); la del art. 762 del C.C. (sobre posesión y dominio).

⁴¹ Azula Camacho (2015) al desarrollar las presunciones, explica que: “El hombre en su diario acontecer recibe una serie de percepciones, las cuales, en la medida que sean repetitivas, sientan unas reglas que sirven de soporte a un juicio y le indican que un mismo hecho o circunstancia producen una determinada consecuencia o viceversa, que un determinado hecho se origina en una misma causa. En ambos casos esa regla repetida, que, por ello, se denomina de experiencia la constituye el juicio que le permite conocer de antemano la causa o efecto de un hecho. Esos juicios previos o presupuestos son las presunciones. Por esto en su acepción corriente la presunción es dar por cierto” (p. 371).

legales y judiciales radica en el sujeto que establece el enlace, ya sea el legislador, en las presunciones legales o el juez, en las presunciones judiciales.

En cuanto a la finalidad, se puede resumir en que en ambas tipologías también hay identidad en este aspecto, “acreditar un hecho de manera indirecta— y que el resultado que se obtiene en ambos casos es el mismo —dado que el enlace establecido por el legislador es el que hubiera establecido el juez para un determinado caso concreto” (Gama, 2013, p. 72).

2.1 Qué se debe entender por presunción

La presunción es el juicio del legislador o el razonamiento del juez (según sea presunción legal o judicial), en virtud de la cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo cuando es presunción judicial o de hombre) con fundamento en las máximas generales de la experiencia⁴², que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos (Devis, 1987).

Cuando la presunción es creada por el legislador, sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, se considera cierto el hecho, definitivamente (en las últimas) o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario (en las primeras); cuando es simple presunción judicial o de hombre, se considera ese hecho simplemente como probable.

Entre las propuestas de estructuración, se encuentra la de Calvino (2016), el cual se apoya en la formulación de Montero Aroca; elaborando, de esta manera, un esquema tripartito donde expresa la estructura, cualquiera que sea el tipo de presunción:

a) Uno o más hechos base o indicios —o, mejor expresado, un dato del conocimiento— que una parte afirma en el proceso y que luego deben ser confirmados con cualquier medio de prueba;

⁴²Stein, en su ardua labor de sistematización de las máximas de la experiencia, las define como: “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretender tener validez para otros nuevos” (1999, p. 27).

b) Un hecho presumido —que opera como conclusión— que también debe ser afirmado por la parte, y, que es el supuesto fáctico de la norma, cuya aplicación se pide; finalmente,

c) Un nexo o enlace lógico entre los dos hechos —o, si se quiere, entre el dato y la conclusión— que es precisamente la presunción y que puede estar establecida directamente por el legislador —y, partiendo de que el indicio sea probado, ordena al juez que dé por existente el hecho presumido— o el legislador deja que sea establecida por el juez en cada caso. La estructura de una y otra presunción es idéntica, salvo que en “el caso de la presunción legal la inferencia la hace el legislador, y en el de la presunción judicial la realiza el juzgador”. (Calvinho, 2016, p. 49)

2.2 La presunción hominis y los indicios

También se ha dicho que ese relevo de probanza, puede referirse al que realiza la ley — *iuris et de iuris o iuris tantum*- o bien puede referirse, a la actividad desplegada por el juez , de ello resultan apreciaciones contradictorias que merecen mención. Calvinho (2016), al referirse al artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, precisa que “también se insiste en que contiene un error conceptual, pues los que por su número, precisión, gravedad y concordancia tienen que producir convicción son los indicios, no las presunciones” (p.54) —que, en cambio, son la consecuencia de la actividad intelectual del juez para extraer conclusiones de esos indicios, al dictar sentencia—.

Para abordar brevemente este tema, debe observarse la particular regulación italiana, en el Artículo 2727 del Código Civil, establece que “*Las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez infieren de un hecho conocido para determinar un hecho desconocido*”⁴³, esta redacción, en lo referida a la actividad judicial, conduce a un tratamiento similar⁴⁴ entre

⁴³ Traducción propia del artículo 2727 del Codice Civile Italiano: “*Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato*”

⁴⁴ Es menester en este punto aclarar, que la similitud de acepciones se realiza entre las presunciones hominis o judiciales y la prueba indiciaria, toda vez que desde estos ordenamientos jurídicos, como lo son el caso de Italia, en el Código Civil, y de España, en la LEC, el tratamiento que le ha dado la doctrina y el legislador es de presunciones en un sentido simples, en contraste con las legales, las cuales se encuentran determinadas en la norma.

el concepto de presunción, con lo que los ordenamientos como el argentino o colombiano denominan indicios.

Entre las líneas escritas en este sentido puede leerse en Taruffo (2002), al desarrollar el tema de la “presunción simple”, que esta, resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar —que es un hecho ignorado—: “partiendo de un hecho ya conocido o probado que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo basado en máximas de experiencia” (p. 471). Y subraya que el legislador las deja a la prudencia del juez, precisamente, porque se trata de razonamientos e inferencias que dependen necesariamente de su convicción discrecional, y por ello “no pueden ser de ningún modo reguladas y determinadas por la ley” (p. 471).

Sin embargo —aclara— al mismo tiempo, que el legislador muestra desconfianza frente a esa prudencia del juez y de su capacidad de formular inferencias fácticas aceptables y lógicamente fundamentadas, introduciendo al respecto límites legales. De allí que en los ordenamientos se las acepte sólo si son graves, precisas y concordantes y hace concebible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas por el juez, sean suficientemente seguras y fuertes para reducir el margen de error y de inacceptabilidad del razonamiento presuntivo.

En este sentido, Stein (1999) considera al respecto que las máximas de la experiencia se reglan o se les otorga el carácter de obligatoriedad cuando se teme que, siendo segura, no va a ser aplicada por los tribunales; o, cuando se quiere reforzar la vigencia de una, porque sometida al examen libre no sería reconocida como segura.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico podría tener en cuenta las desviaciones a esa máxima reconociendo excepciones, pero si no lo hace se estará ante una máxima con fuerza e irrefutabilidad. En este caso se desplazan los supuestos de hecho jurídicamente relevantes, constituyendo un precepto material disfrazado a través de la regulación de la experiencia (Stein, 1999).

Finalmente cabe mencionar que, erróneamente algunos autores denominan inversión de la carga al fenómeno presuntivo, sin embargo, esto es solo aparente. Esto porque han

pretendido elevar a principio que cada vez que se encuentre fundada en la experiencia los presupuestos de una presunción, se pase al contrario la carga de la prueba (Stein, 1999). En este punto, es importante precisar que la exigencia de una contraprueba, es solo la manifestación de que, mediante la prueba de presunción suministrada por el obligado a probar, se está tan convencido, que solo mediante la contraprueba se puede remover ese convencimiento.

2.3 Críticas actuales a las teorías tradicionales

De las críticas que ha sido objeto el denominado sistema tradicional, se realiza una muy reductiva mención aquí, que en el fondo intentan explicar porque la lectura realizada de las diferentes presunciones no resulta propicia ni conveniente para explicar qué son y cómo operan. Este breve acápite se desarrolla desde las elaboraciones de Gama Leyva (2013) y Woolcott-Oyaguey (2018). Las posturas críticas se pueden esquematizar en tres grupos:

- a) Dentro del esquema tradicional el denominado razonamiento presuntivo, si bien puede ser de utilidad para realizar el control de racionalidad y lógica, a la decisión tomada con fundamento en ella dentro de las presunciones judiciales, no es así para las legales relativas, puesto que cuando mucho son un medio o instrumento hermenéutico, de interpretación normativa –a modo explicativo- para las razones que el legislador tuvo en cuenta para su formulación.
- b) La concepción que intenta abarcar, en un concepto general, todas las presunciones lo hacen partiendo de sus componentes estructurales, sistema de ordenación que es bastante limitado porque:
 - Por un lado, un gran número de presunciones legales no responden a la estructura hecho base - hecho presumido. Dos ejemplos paradigmáticos son la presunción de inocencia y la presunción de buena fe.
 - Las presunciones que se manifiestan obedeciendo esta estructura de hecho base – hecho presumido son realmente pocas.
 - Y en muchas de esas en realidad no se exige la prueba de un hecho base como requisito para que opere la presunción.

- El hecho base de la presunción no opera en muchos casos como indicio o hecho conocido del que pueda inferirse el hecho desconocido.
- Por lo demás, la presencia de un enlace formado por máximas de la experiencia tampoco se presenta como un componente necesario de las presunciones legales y obedecen a consideraciones de diferente índole que no son precisamente las reglas de la experiencia.

c) El modelo tradicional no explica la naturaleza normativa de las presunciones legales, pues de aceptarse que el legislador establece una inferencia –razonable o no-, establece también una norma con sus consecuencias jurídicas. En este sentido, no son una inferencia que va de un hecho conocido a uno desconocido sino una regla jurídica que dispensa de la necesidad de acreditar un hecho y que traslada al oponente la carga de la prueba de lo contrario (Woolcott 2018). En ese sentido no proporcionan elementos de prueba como instrumento cognoscitivo para la determinación de los hechos, son instrumentos cognoscitivos.

2.4 La distribución de la incertidumbre y la presunción

En primer lugar debe observarse que no se trata de un tema novedoso, en cambio pueden encontrarse en los desarrollos jurisprudenciales, aproximaciones conceptuales similares a los de la doctrina, por ejemplo en las providencias de la Corte Constitucional⁴⁵, la cual expresa que “cuando se analiza bien cuál es el propósito de las presunciones es factible llegar a la conclusión que las presunciones no son medio de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba” (Corte Constitucional colombiana, sentencia C-731, 2005).

En dicha providencia, además, asevera el tribunal, que, si bien las presunciones no son un medio de prueba, sí tienen que ver con la verdad procesal, y en ese mismo contexto

⁴⁵ Respecto de las presunciones, la Corte Constitucional ha conservado la postura de la sentencia C 731 de 2005, sobre estas como razonamiento, esto como se observa en las sentencias C-300 de 2002 –que declara el artículo exequible-, y la sentencia C-338 de 2002 con fallo inhibitorio.

explica, que la presunción releva o exime de la prueba de la actividad probatoria, lenguaje usado por la legislación comparada (como se verá en su transcripción comparativa, así mismo la dimensiona el código civil español).

Terminología aquella también usada por la doctrina, pues en el mismo sentido Taruffo afirma “Este efecto consiste esencialmente en una *relevatio ab onere probandi*⁴⁶ a favor de la parte que tendría la carga de probar que se presume; por lo tanto, la otra parte deberá demostrar que ese hecho no ha ocurrido”⁴⁷ (2017, sp)

La expresión “las presunciones relevan a quien la alega, de la actividad probatoria”. Se refiere básicamente a que basta la confirmación del supuesto – o mejor, hecho- indicador, base, indicador o generador, establecido por la norma para que opere la presunción. “En el caso de las presunciones *iuris tantum*, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser demostrado” (Corte Constitucional Colombiana C-731-2005, c 4.1), es más, incidiendo en la necesidad de su prueba, el medio destinado a confirmar su certeza puede o debe ser rechazado por redundante.

Se reitera en cambio, que es admisible mediante la libertad probatoria –si no se haya prohibida o no requiere ritual expreso-, la actividad orientada a desvirtuar el hecho a partir del cual se configura la presunción, si es relativa.

Cuando se trata de una presunción *iuris et de iure* o presunción de derecho, por el contrario, no existe la posibilidad de desvirtuar el hecho indicador a partir del cual se construye la presunción porque según Rodríguez (1983) “la presunción de derecho sencillamente no admite prueba en contrario.” (p. 286)

La importancia procesal de lo dicho hasta ahora, recae en que, al considerarse la presunción no es tanto un medio de prueba sino su exención, ubica su influencia, en el *thema*

⁴⁶ Locución italiana que traduce: relevado o mitigado - de la carga de la prueba.

⁴⁷ Traducción propia del artículo “*Onere della prova*” (Taruffo, 2017)

probandum –aspecto concreto sobre el que recae el objeto de la prueba en el proceso particular aquel-, que se reubica en el hecho base o generador-.

Existen también las presunciones de hecho cierto dentro del C.G.P y éstas, igual que los principios de buena fe y de presunción de inocencia, no son verdaderas presunciones, sino que se configuran en cargas procesales, en este aspecto y con sobrada razón, también el presente trabajo se adhiere al desarrollo y sistematización estructurada por el autor colombiano Ruíz (2019), en el sentido que las presunciones de hecho cierto no buscan tanto la justicia material como el eficientísimo procesal.

En palabras de este autor “*las cargas de hecho cierto le incorporan grados variables de ficciones a la valoración probatoria y por eso, a diferencia de las presunciones en estricto, no tienen como función inmediata garantizar un derecho sustancial*”. (2019, p. 225)

Al igual que las presunciones de hecho cierto, la jurisprudencia como la doctrina le ha dado estatus de ficción a las presunciones de derecho o *iure et de iure* (contrario al entendido de las presunciones legales), en ese sentido, debe observarse que, frente a la carga de la prueba, la consideración estriba en que las presunciones legales o *iuris tantum* pueden pensarse desde el método probatorio, como una expresión singular de la carga de la prueba, por la estructura misma de la norma sustancial, la cual consiste en una sustitución y por tanto un aligeramiento de la carga, y no así su inversión.

Las presunciones de derecho o *iuris et de iure* en cambio, al no admitir prueba en contra, se apartan del método probatorio y epistémico del proceso y aunque tiene en común con las legales, que relevan a la parte favorecida con dicha ficción y por tanto de la carga de probar, no son por su naturaleza, ni propiamente presunciones en sentido estricto, ni implican una alteración o inversión de dicha carga, pues incide en el tema de la prueba⁴⁸.

⁴⁸ La postura de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el tema de la prueba, se observa por ejemplo en la sentencia SC2804-2019, al manifestar que: “Así como la asignación de cargas probatorias que se imponen a partir de esa valoración, son valoraciones jurídicas que tiene que hacer el juez previamente al decreto de las pruebas, pues precisamente esa calificación le permitirá identificar el tema de lo que sea materia de demostración en el proceso”.

3. MODELOS SUSTANCIALES CON EXPRESIÓN PARTICULAR DE LA CARGA PROBATORIA

El campo del derecho civil (y que involucra las demás áreas del saber jurídico), que tenía por objeto “la indemnización del perjuicio”, no han permanecido incólumes e inamovibles a las tendencias problematizadoras con enfoques sociales y colectivos, aparejando una verdad evidente, y es que el desarrollo y la transformación social, impactan la vida humana, a nivel individual pero también social. La apertura de la responsabilidad en derecho, a la visión de las problemáticas jurídicas, han tenido como resultado el sobrepasar la esfera del micro derecho, entendido como la tendencia individualizadamente o particularizado del caso a caso, a ser una cuestión del macro derecho, que también pone de manifiesto la necesidad de concurrir con otras ramas del saber que permitan explicar dimensión social, económica, política y humana.

Como lo recuerda Hineirosa, “el infortunio y la fatalidad de la que no se puede librar el ser humano y cuyas consecuencias no aciertan a afrontar ni alcanzan a resolver las sociedades” (1999, p. 4), no son, como en otrora fueran, materia o dominio exclusivo del derecho, pero del que necesariamente éste se ocupa. Así, de la llamada sociedad del riesgo, o sociología del riesgo, término postulado por el sociólogo alemán Ulrich Beck en 1986, al desarrollar las oleadas de racionalización tecnológica y cambios en el trabajo y la organización (social), pero además de eso incluye mucho más: el cambio en las características sociales y las vidas corrientes, cambios en el estilo de vida y las formas de amar, cambio en las estructuras de poder e influencia, en las formas de represión y participación política, en las percepciones de la realidad y en las pautas de conocimiento. En la comprensión de la modernidad por las ciencias sociales, “el arado, la locomotora a vapor y el microchip son indicadores observables de un proceso mucho más profundo, que abarca y reforma toda la estructura social” (Beck, 2002, p. 25).

Recalcitrar en lo anterior ha sido necesario para indicar que también, una visión económica y ética en el derecho es necesaria, y reconocer que la división de la responsabilidad contractual y extracontractual, así como en la elaboración de sus contenidos estructurales y fundamentales, son fortificación de intereses, contenidos ideológicos, religiosos y políticos (Hineirosa 1999, p 2). Tal vez, sean la razón por la cual “los elementos

que integran la figura continúan siendo vagos, que la propia terminología es anfibológica y que la materia de la responsabilidad tampoco ha sido en manera alguna ajena al censurado 'conceptualismo' que tanto pesó sobre la teoría del negocio jurídico y llegó a desacreditarla” (Hinestrosa, 1999, p. 3). El enfoque de la responsabilidad cambia necesariamente cuando se reconoce en la víctima⁴⁹ la dignidad humana⁵⁰ y los valores inescindibles que abarca, toda vez que “el papel de la persona humana, en el constitucionalismo actual enmarcado por los criterios teóricos y conceptuales propios del Estado social de derecho, no puede ser otro que el de fungir como piedra angular del ordenamiento” (Cruz, 2017, p. 17).

Es visible respecto a la responsabilidad civil, la desproporción que presenta en la magnitud del tratamiento de los distintos aspectos o elementos de ella. Todavía hoy resulta más importante la discusión sobre el o los fundamentos de la responsabilidad que la identificación conceptual del daño, la determinación y sus categorías o la evaluación de sus alcances y cuantía y la forma de su reparación, y por supuesto, mucho más que los criterios de apreciación de la relación de causalidad o autoría atribuida procesalmente al demandado.

Es evidente que ese desequilibrio no es fortuito, obedece al fardo enorme de prejuicios que sigue soportando la materia y que, a lo menos en el horizonte de nuestra cultura, no le ha permitido adoptar orientaciones y tomar rumbos más realistas y coherentes social, económica y políticamente (Hinestrosa, 1999, p. 3)

⁴⁹ Furlotti Moretti (2020) a referirse a la nueva legislación civil y comercial argentina, manifiesta la postura províctima de esta codificación: “El Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigor el 1 de agosto de 2015. La protección de la persona humana y su dignidad es uno de sus grandes paradigmas, propio de un código redactado a principios del siglo XXI. El reconocimiento de la dignidad de la persona humana implicó pasar de un código que tenía su foco en la protección del patrimonio a uno que centrara la protección en la persona humana” (p.10).

⁵⁰ Por su Cruz Mahecha, resalta la protección y el respeto por la dignidad humana contenida en la carta política colombiana y como a través de la materialización de los derechos de los ciudadanos se proyecta y desarrolla esta: “Cuando la Carta Constitucional colombiana en su artículo segundo esgrimió como fin esencial de Estado el respeto de la dignidad humana, concomitantemente direccionó que el accionar de la administración pública (de las ramas del poder público) se circunscriba a la materialización de los derechos sobre los que se proyecta la positivización de esta dignidad, razón por la que se les tilda como fundamentales, por ello la Carta de derechos que se edifican sobre estos criterios demandan que se interpreten desde el racero que imponela primacía de los derechos de las personas, sin que sea posible la mediación de causa o razón que haga nugatoria su preeminencia”. (2017, p. 269)

3.1 La clásica división de la responsabilidad contractual y extracontractual

Peirano Facio (2004) en búsqueda de los antecedentes etimológicos de la palabra responsabilidad (entre, cuyos contenidos evidencia que se haya el vincular a un sujeto respecto de otro, resalta el hecho de que son precisamente los hermanos Mazeud, quienes descubren que Pothier solo por excepción emplea la palabra responsabilidad y que a su vez Domat no la usa ni una vez este término en su obra. Peirano, recaba en alguno de estos aspectos para llegar por la vía del análisis a considerar la responsabilidad como “un concepto secundario, que supone una relación entre dos sujetos, y que se resuelve, en una obligación de reparación” (2004, p. 21). Dicha concepción es sin duda, una edificación a través de los efectos. De hecho, el mismo autor deriva dos consecuencias fundamentales: i) la distinción entre responsabilidad e imputabilidad; y, ii) el deslinde de la materia.

La responsabilidad jurídico-civil se divide entonces en contractual y extracontractual, entendiéndose la primera como “la obligación que tiene de indemnizar una persona que le causa daños a otra con el incumplimiento o cumplimiento parcial o tardío de un contrato, convenio o convención celebrado entre el causante y el perjudicado” (Martínez, 1998, p. 16) es decir, esta hace referencia a las consecuencias jurídicas que se dan debido a la autonomía de la voluntad de las partes al momento de obligarse.

Por otro lado, el mismo autor ha establecido que la responsabilidad extracontractual es “la obligación de indemnizar, o asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso, sin que entre causante y perjudicado exista ninguna relación jurídica anterior” (Martínez, 1998, p. 16), esto significa que, aunque no hay un vínculo jurídico entre las partes donde media la voluntad, entre estas, de una manera inesperada surge una obligación, teniendo en cuenta que está plasmada en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, autores foráneos como los Mazeud (1961), y nacionales como Tamayo (2007)⁵¹ explicitan que la responsabilidad, sea contractual o extracontractual, tienen aspectos

⁵¹En palabras de Tamayo: “La responsabilidad contractual y la extracontractual suponen que exista un comportamiento activo u omisivo del demandado; que el demandante haya sufrido un perjuicio, y que finalmente, haya un nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño” (2007, p. 40).

o elementos comunes, es decir, un hecho⁵² revestido de culpa, generador de un daño que sea causado por el agente, en el cual se establece la conexión entre el comportamiento y el daño, precisando los primeros como el segundo, que en oportunidades el componente culpa no es requerido para la configuración de la responsabilidad. La misma postura es asumida por la Corte Suprema de Justicia colombiana, toda vez que la responsabilidad (contractual o extracontractual) impone al extremo demandante la carga de probar, salvo las excepciones: “los elementos constitutivos de la misma -hecho, factor de atribución, daño y nexo causal-, laborío que no puede ser sustituido por el fallador a través de pruebas oficiosas” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil; SC 282, 2021).

3.1.1 El sistema dual y la tradición culpabilística

El Código civil que establece tal distinción, en forma de unidades normativas independientes, entre las dos maneras de responsabilidad que se vienen tratando, a modo de un sistema que posee dos regímenes, de la muy conocida tradición francesa. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha seguido sistemáticamente tal distinción.

Esta tesis clásica respecto a la cual se establece la diferenciación del objeto entre la responsabilidad contractual y extracontractual, consideraba aproximadamente al final del siglo XIX e inicios del XX, que la responsabilidad extracontractual trata únicamente a las fuentes de la obligación, pero, esta tesis ha evolucionado teniendo en cuenta que, además de este elemento, se encuentra otro, cuando “una vez comprobada la existencia de ese vínculo, trata de precisar su efecto, buscando determinar cuál es el alcance y el régimen a que está sometido dicho vínculo jurídico” (Peirano, 2004, p. 68).

Mientras que nadie discute la necesidad de un perjuicio para que haya responsabilidad civil, la existencia misma de la culpa⁵³, como elemento constitutivo de la responsabilidad, es

⁵² En sentido lato, es decir, acto, hecho, omisión.

⁵³ En términos de Ariel Salazar Ramírez, en sentencia SC13925-2016 de la Corte Suprema de Justicia: “La culpa civil, en suma, se concreta en un error de cálculo frente a lo que es objetivamente previsible. Si el actor previó o no que su conducta podía derivar en un evento dañoso es irrelevante para efectos de alcanzar el nivel de culpa sin representación. Lo importante es que haya actuado (o dejado de actuar) por fuera del rango de sus posibilidades de acción respecto de lo que está jurídicamente permitido. Sólo así se logra entender el factor de

muy discutida. Ciertamente, un individuo no puede ser condenado a abonar daños y perjuicios si el detrimento sufrido no resulta de su acción o de su abstención, de un hecho positivo o negativo suyo. (Mazeaud, 1961, p. 1)

La culpa ha sido considerada para algunos autores como fundamental para que se configure la responsabilidad civil⁵⁴, a pesar de esto, no hay un concepto general de dicho término causando una anomia en el ordenamiento jurídico; aun así, se ha realizado una investigación para la definición exacta de la cual ha sobresalido la siguiente:

La culpa cuasidelictual es un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias “externas” que el autor del daño. Es una definición que conviene no sólo al caso en que el autor de la culpa estuviera sujeto a la obligación general de prudencia y diligencia, sino también cuando la ley haga que recaiga sobre él una obligación determinada; porque una “persona cuidadosa” cumple evidentemente con las obligaciones precisas que la ley pone a su cargo, salvo circunstancias de fuerza mayor. (Mazeaud, Tunc. 1961. p. 85).

3.1.2 Factores diferenciales entre los géneros de responsabilidad tradicionalmente aceptados

a) Momento de la relación obligacional. En el régimen contractual, el vínculo jurídico entre el agente y la víctima, preexistente al hecho dañoso y por tanto a la lesión del interés, se encuentra abocado al resarcimiento (que no sanción) de la obligación incumplida (total o parcial). Al respecto se controvierte, por ejemplo, si dicho incumplimiento es fuente de una nueva obligación que sustituye la primera, o de la misma, con modificación de su objeto. En el régimen de responsabilidad extracontractual, el vínculo no es preexistente, sino que surge

reproche subjetivo de la responsabilidad civil como una postura del entendimiento y no como voluntariedad de la conducta moral”.

⁵⁴ Martínez (1998), respecto de la culpa sostiene que: “la conducta patrón es la del *hombre prudente*, la del *hombre cuidadoso*, la de un buen padre de familia. Pero, es necesario colocar la conducta que se juzga en igualdad de circunstancias externas, a las que se debió vivir en el momento del hecho. Por eso, debe mirarse si el “hombre prudente” hubiera actuado como lo hizo el causante, colocado en igualdad de condiciones externas, como las de tiempo, lugar y modo. Deben descartarse las circunstancias internas del sujeto, como estado de {animo, clase social, capacidades intelectuales, preparación, etc. Es decir, las circunstancias personales no deben tenerse en cuenta para estos efectos; solo las circunstancias coyunturales externas u objetivas, como lo predica esta teoría.” (p. 128).

con ocasión de ella, por ser fuente autónoma o independiente de la contractual; o, en otras palabras, el delito y cuasidelito tienen fuente en la misma ley (artículo 1494 del CC).

b) La noción de la constitución en mora. Requisito legal para la reclamación de los perjuicios derivados del incumplimiento en el régimen contractual, tiene sustento en los artículos 1594, 1602 y 1608 de la codificación civil (y de ese marco general desciende al tratamiento específico que se le da en los contratos por ejemplo en el arrendamiento en el artículo 2007, que por el sistema analógico de la ley 53 de 1887, es aplicable a otros contratos de tenencia). Contrario a lo anterior, se tiene que, en el régimen de la responsabilidad extracontractual, la mora sólo podría existir una vez declarada judicialmente la obligación resarcitoria. O, en su defecto, haber surgido por un medio autocompositivo o heterocompositivo diferente, pero con el alcance de concreción para su operatividad, ejemplos de esta obligación serían la transacción del primero y la conciliación del segundo, etc.

c) La naturaleza obligacional. En materia contractual, del vínculo preexistente que se menciona en las líneas previas, puede concebirse desde la teoría de las obligaciones de medio y de resultado. Esto es, que el incumplimiento y su respectiva causación de perjuicios por los cuales es llevado a juicio el deudor constituido en mora, pueden tener la calidad de resultado o medio. En el marco de la responsabilidad extracontractual, el juicio (de conocimiento) por infracción tiene un sustento absolutamente disímil: la infracción al deber general de cuidado, o el deber general de no causar daño: *alterum non laedere (neminem)* o principio de indemnidad.

d) Fenómeno prescriptivo La distinción dual de regímenes de responsabilidad, tiene entre sus efectos jurídicos, el manejo diferenciado de la prescripción aplicable: la regla general decenaria y quinquenal⁵⁵, es alterada contrato a contrato. En el contexto de la responsabilidad extracontractual, el manejo del supuesto prescriptivo es disímil: pues si bien, también es

⁵⁵ Previamente a la expedición del Código General del Proceso que regula el tema en su artículo 94, ya la Ley 791 de 2002, había modificado la prescripción en materia civil, complementándose a través de la Ley 794 de 2001, frente al efecto sustancial y procesal de interrupción civil de la prescripción por vía procesal.

operativa la regla general decenal, ésta tiene su fuente en los artículos 2341 y 2359, y se altera por regímenes específicos de responsabilidad extracontractual como el hecho ajeno donde es de tres años.

Por otro lado, es importante resaltar que esta figura tiene unos rasgos diferentes, el primero es la carga objetiva que aduce a la caducidad donde existe un término para poder practicar un derecho, incluso, además puede ser declarada de oficio; y el segundo, es la carga subjetiva que hace referencia a la prescripción y con esto al paso del tiempo para accionar. Esta diferencia es esencial en el funcionamiento de ambas en ámbitos procesales.

e) La capacidad legal. Es otro aspecto diferenciador en la dualidad del sistema, pues **i)** mientras es un elemento común a los requisitos de validez del negocio jurídico, en el contrato mercantil solo es legalmente capaz de incumplir el contrato, los requisitos de validez del negocio jurídico mayor de 18 años, (artículo 68 del código de comercio), equivalente en cierto grado a la responsabilidad del deudor incumplido en los contratos civiles con excepción del capaz relativo, entre los catorce y dieciocho años; por otro lado, **ii)** en el marco de la responsabilidad extracontractual, los contornos de la capacidad para cometer culpa tienen su punto de partida en los diez años del autor del daño, y así mismo el incapaz absoluto.

f) El régimen de solidaridad aplicable a cada ámbito es también diferencial, toda vez que, en el contrato civil, la misma debe ser estipulada (Artículo 1568, sobre la solidaridad activa 1570, y respectivamente sobre la pasiva 1671 del código civil), en el contrato mercantil se presume supletoriamente en caso de omisión estipulativa o clausular (Código de Comercio, Artículo 825. Presunción de solidaridad: “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirán que se han obligado solidariamente”).

En el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, por el contrario, el tratamiento de la solidaridad deviene enmarcado por el artículo 2344, el cual establece la solidaridad para los casos de la responsabilidad dolosa o culposa –que exceptúa la responsabilidad denominada objetiva-; es decir, por regla general opera la solidaridad entre los partícipes de la infracción al deber general de cuidado.

g) El factor determinante de para la competencia. Si bien es cierto, en ambos regímenes de responsabilidad es aplicable el fuero general, el cual es establecido por el domicilio del

demandado, es de tratamiento diferenciado, pues: **i)** según lo preceptuado por el numeral tercero del artículo 28 del Código General del Proceso⁵⁶, cuando a prevención es competente el juez del lugar donde de la ejecución contractual, o si el contrato tiene por prestación un bien raíz, el lugar donde este se ubica (numeral 7 del mismo artículo)⁵⁷. Mientras que, **ii)** en la responsabilidad civil extracontractual el lugar del acaecimiento del hecho dañoso: según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 28 del mismo plexo normativo.

h) El daño indemnizable. como elemento diferenciador según la naturaleza del régimen al que pertenece, tradicionalmente se establece que, mientras i) en materia contractual el deudor incumplido es responsable por los daños directo y previsibles según la graduación de culpas por el beneficio reportado en el contrato, que, por vía de excepción en el caso de la culpa grave, la cual se equipara al dolo, la indemnización del perjuicio abarca todo daño, tanto previsible como imprevisible. Por otro lado, en el régimen extracontractual, el principio general de indemnidad, y de reparación integral, conlleva la consecuencia jurídica de que, tanto los perjuicios previsibles como los imprevisibles deben ser resarcidos a la víctima.

3.2 Tratamiento de la culpa según el régimen de responsabilidad extracontractual

De los elementos vistos, que fundan la responsabilidad y que se constituyen en sus extremos axiológicos, se dice que el ordenamiento colombiano es de tradición culpabilística (más propiamente dicho de la tradición francesa), y teniendo en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia nacional, desestima el criterio meramente subjetivo de la culpa, se parte de su dimensión abstracta, la cual tiene en cuenta “el modo de obrar de un hombre prudente y

⁵⁶ El Artículo 28 del código general del proceso, numeral tercero regula: “En los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones. La estipulación de domicilio contractual para efectos judiciales se tendrá por no escrita”.

⁵⁷ Es relevante tener en cuenta que cuando el extremo pasivo de la pretensión es una persona estatutaria, el código general del proceso establece que en los asuntos donde se vinculan sucursales o agencias es también competente el juez donde tiene asunto las mismas: según el numeral 5, del artículo 28 del mismo plexo: “En los procesos contra una persona jurídica es competente el juez de su domicilio principal. Sin embargo, cuando se trate de asuntos vinculados a una sucursal o agencia serán competentes, a prevención, el juez de aquel y el de esta”.

diligente considerado como arquetipo” (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 2016, SL 6497), este mismo arquetipo era el exigido en roma al *bonus pater familias*.

Para los célebres hermanos Mazeaud, la culpa “es un error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño” (1986, p. 87).

En la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los dictados de la doctrina francesa, es definida la culpa en los siguientes términos: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar"(Corte Suprema de Justicia, 1958, Junio 6.). Desprendiéndose así, la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos Individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones.

3.2.1 La culpa *in genere* para la alta corporación, se presenta en dos casos:

a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo, pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así, cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación, la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.

b) Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad. Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo.

3.2.2 Distinción entre la responsabilidad con presunción de culpa y responsabilidad objetiva

El código civil colombiano consagra el régimen de responsabilidad común por los delitos y culpas, el cual se divide en los principios generales de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas generados por el hecho propio, luego se encuentra lo referente a la responsabilidad por el hecho de las personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro y finalmente, respecto a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. Es importante aclarar que, en los tres casos la culpa es un factor necesario, pero, en el primero se debe demostrar y en los dos últimos, solo se presume.

Es indispensable establecer la diferencia entre las presunciones de culpa y las de responsabilidad⁵⁸, la primera hace referencia a una hipótesis en la cual el causante logra convencer de que, a pesar de haber causado un daño, este lo hizo actuando de manera diligente y con cuidado. Y la segunda, es aquella que “cuando el causante no puede exonerarse de la obligación sino probando una circunstancia que destruya el nexo causal, como la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima” (Martínez. 1998. P, 135).

La disputa entre las teorías objetivas y subjetivas se resumen en varios aspectos, como son: en primer lugar, la teoría culpabilística de la responsabilidad donde el afectado debe acreditar la culpa para poder ser indemnizado. En segundo lugar, las presunciones de culpa donde el presunto responsable debe demostrar que actuó de manera diligente o prudente. En tercer lugar, las indemnizaciones automáticas y la responsabilidad objetiva mesurada, donde el inculpado debe desestructurar el nexo causal para lograr la exoneración. El cuarto aspecto, es sobre las presunciones de responsabilidad, trata que la ley presume el elemento subjetivo o culpa y la persona para poder liberarse de esta responsabilidad debe demostrar que ese hecho dañoso sucedió cuando hubo una culpa exclusiva de la víctima, causa extraña, fuerza mayor o caso fortuito. Y, finalmente, el quinto es la responsabilidad objetiva, consiste en que quien causó el daño debe pagarlo puesto que no se le da la oportunidad al ofensor que demuestre un elemento donde se pueda eximir de responsabilidad.

⁵⁸Ariel Salazar Ramírez, en sentencia de 2012 con número de radicado 76001-31-03-009-2006-00094-01, desarrolla entre las presunciones de culpa y de responsabilidad.

Por las dificultades para definir el tema de responsabilidad objetiva, muchos autores modernos han precisado otras interpretaciones que se adecuan a la actualidad del “*daño resarcible*”, entre ellos se encuentra Ruiz⁵⁹ (2019) quien considera que para establecerse la inexistencia de la obligación resarcitoria se debe hacer por medio de la causa extraña, es decir, fuerza mayor, caso fortuito y culpa exclusiva de la víctima. Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso mencionar que actualmente en Colombia se aplica en el ordenamiento jurídico esta definición para la teoría de la responsabilidad objetiva.

A lo anterior se adhiere el presente desarrollo, en el sentido, en que la doctrina ha establecido la actualidad del derecho de daños. Sin embargo, como se desarrolla a continuación, la corte suprema de justicia en su sala civil denomina presunción de responsabilidad con el objeto de mantener, en un segundo plano, la tradición culpabilística porque para ella no es que se prescinda de este factor, sino que se mantiene en un segundo plano.

Si bien la culpa no es objeto de desarrollo de la presente investigación, ha sido importante reseñarla como variable, al menos en su sentido más reductivo para establecer que la misma, no es un “estado mental o volitivo interno” (Vargas, 2021, p.163) sino un error de comportamiento valorado cualitativamente según sus condiciones de tiempo, modo y lugar, con un patrón abstracto de conducta. Abordarla así, cobra especial sentido frente a los siguientes numerales:

a) Responsabilidad por el hecho propio

La culpa como elemento estructural de la responsabilidad civil en Colombia es la base de la responsabilidad culpabilística, tal como lo ha denominado la jurisprudencia nacional. Ahora bien, la responsabilidad por hecho propio se encuentra en el artículo 2341 del código civil, la cual se extiende hasta el artículo 2345 ibidem, y en esta, ese error de conducta

⁵⁹En la responsabilidad objetiva, según Ruíz (2019): En el régimen de la responsabilidad objetiva basta con que el sujeto de la pretensión establezca los elementos objetivos de la responsabilidad (conducta, causalidad y daño), el sujeto resistente tendría que establecer la inexistencia de la conducta, quiebra del nexo causal o ausencia del daño”(p.230)

constituye el principio según el cual, quien ha ocasionado un daño al otro debe responder por el perjuicio causado como se observa en la redacción de la norma jurídica.

El que un sistema de responsabilidad tenga su base en la tradición culpabilística quiere decir que, en su núcleo, centra el juicio de reproche del autor del daño y no en la víctima.

La relación entre el delito o culpa y el daño es presupuesto para que emerja la obligación resarcitoria, en este sentido, no ofrece ninguna novedad que el legitimado por activa para reclamar los perjuicios sea el titular también de la carga de aportar un acervo probatorio respecto de todos los elementos estructurales de la responsabilidad. Lo que traduce que la responsabilidad por hecho propio sea llamada responsabilidad con culpa probada porque el error de conducta, el vínculo o nexo causal y el daño mismo son los presupuestos epistémicos que la víctima debe aportar para la respectiva reclamación.

Este modelo sustancial que habilita el resarcimiento de los daños ocasionados a la víctima no representa una expresión particular o singular de la carga de la prueba (por el contrario, es la expresión del género que permitió deducir la norma general y abstracta de la carga de la prueba; Art. 1757 del CC), salvo en aquellos casos en los que, como se vio en el capítulo respectivo, la dinamización judicial del método probatorio, en el caso concreto, genere una distribución del riesgo de la incertidumbre por los criterios de cercanía, facilidad, orbita de dominio o por consistir en conocimientos científicos, técnico o artísticos, etc.

b) Responsabilidad por hecho ajeno

Esta responsabilidad tiene su fundamento normativo en el artículo 2347 *ibidem*, y fue explicado por la doctrina como la culpa *in vigilando* y la culpa *in eligendo*. Dos corrientes teóricas más actualizadas lo han explicado desde la teoría de los riesgos y desde la tesis de la garantía; sin embargo, en la actualidad prima la tesis según la cual la responsabilidad por el hecho ajeno tiene asiento en el poder de control y dirección que tiene la persona sobre el actuar de sus dependientes.

Según esta última postura⁶⁰, la relación de dependencia que para la Corte Suprema de Justicia no está sujeta a un vínculo contractual por recaer incluso en circunstancias de hecho donde el provecho de la conducta del controlado beneficie al controlante, por ello tampoco tiene propensiones de continuidad e incluso ni requiera que exista una retribución patrimonial para quien presta el servicio (Vargas, 2021).

La segunda categoría de las fuentes de la responsabilidad civil extracontractual está constituida por aquellos casos en los cuales las personas han de responder ante terceros por las consecuencias patrimoniales de los hechos de aquellos que están bajo su cuidado y custodia y de los de aquellos que, en situación de dependencia, (familiar, educativa, profesional o empresarial), reciban su participación empresarial.

Como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 2347 del código civil, el responsable por el hecho ajeno debe acreditar para exonerarse la imposibilidad de evitar el perjuicio. Significa que, el medio de prueba exculpatorio recae en la ruptura del nexo causal y no en la naturaleza de la conducta del dependiente o persona bajo el cuidado, o en la diligencia y cuidado que empleó con dichas personas bajo su cargo.

Se trata de un modelo sustancial de responsabilidad presunta en el que, a la víctima o demandante le incumbe probar el hecho dañoso y el daño. Y el demandado es titular de la carga de probar el resquebrajamiento del nexo causal⁶¹.

El modelo sustancial que se estructura en el artículo 2347 del código civil, que establece la responsabilidad por el hecho ajeno implica que el sujeto a cargo por ministerio de la ley o de hecho, debe probar para una exoneración que “al momento del hecho lesivo no le fue posible evitar el daño” (Vargas, 2021, p 173).

Aunque la doctrina ubica este tipo de daño dentro de la responsabilidad presunta, dado que este requiere de un factor extraño para la exoneración del inculpado, por su parte, la

⁶⁰ Vargas Jacome manifiesta al respecto que “no existe, entonces, diferencia entre el ordenamiento contractual y el extracontractual en punto de la responsabilidad patrimonial por los hechos ajenos de quienes están sujetos a la vigilancia y control” (2021, p. 172)

⁶¹ Tal como lo explica Ruíz (Ibidem).

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo ubica como una presunción de culpa. Lo anterior quiere decir que, para la doctrina, esa causa extraña consiste en no poder evitar el perjuicio, desestructura el nexo causal por ser circunstancias extrañas, ajenas e irresistibles; prueba que incumbe al inculpado, esto es, al sujeto controlante de la actividad.

El ordenamiento jurídico atribuye esta categoría de responsabilidad para las personas que ostenten una calidad de garante sobre personas que están bajo su cuidado, haciendo extensiva la responsabilidad propia al elegir o al vigilar a las personas que se encuentran bajo su esfera de dominio y control, quienes por su actuar culposos o dolosos les generarían eventualmente unas consecuencias jurídicas. Esta consecuencia jurídica tiene origen en la falta al principio general de indemnidad personal, pero aunado también al deber legal de vigilar, prevenir y tener diligencia en la custodia, o en palabras de la Corte:

“Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene su fundamento en la sanción a la falta de vigilancia para quienes tienen a su cargo el sagrado depósito de la autoridad. Es una modalidad de la responsabilidad que deriva de la propia culpa al elegir (in eligendo) o al vigilar (in vigilando) a las personas por las cuales se debe responder. También se ha sostenido que el fundamento radica en el riesgo que implica tener personas por las cuales se debe responder, por lo cual la ley ha querido que exista aquí una responsabilidad objetiva, esto es sin culpa; y modernamente se sostiene que el verdadero fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno está, en el poder de control o dirección que tiene el responsable sobre las personas bajo su dependencia o cuidado.” (Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil, Sentencia del 16 de julio de 1985, cons. Expediente No.2419)

No obstante, la jurisprudencia ubica la carga en el mismo titular, pero la misma no versaría sobre la causa extraña, sino que sería para desestructurar la presunción de culpa, lo que significa que incumbe probar que obró con diligencia y cuidado.

Una discusión similar a la anteriormente planteada se presenta respecto al artículo 2348 ibidem, puesto que autores como Tamayo (2007) y Vargas (2021), se contraponen en el sentido de que el primero, parten de un régimen de culpa probada y el segundo, de un régimen de culpa presunta.

El artículo 2348 del código civil hace referencia a la responsabilidad de los progenitores respecto de las conductas cometidas por sus hijos menores y queconocidamente, estas conductas provengan de la mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir.

La norma interpretada sistemáticamente, conduce a la conclusión de que, conocidos los malos hábitos del hijo, su conducta culposa o dolosa, constituye una responsabilidad que no exonera a los padres; sin embargo, la jurisprudencia, así como también algunos doctrinantes, estructuran la exoneración de la responsabilidad mediante la prueba de la ausencia de negligencia o lo que es lo mismo, la prueba de diligencia y cuidado por parte de los padres

Otro sentido de alcance sustancial se encuentra consagrado en el artículo 2349 del código civil, del cual se tiene jurisprudencia legal probable sobre la interpretación de la culpa presunta que emerge para el empleador en relación de los daños causados por sus empleados con ocasión al servicio prestado.

La Corte Suprema de Justicia, no ubica así el problema de la exoneración en el nexo causal, sino que lo determina en el juicio de reproche, desvirtuándose mediante la prueba de la ausencia de culpa por haberse observado una adecuada vigilancia y supervisión (Vargas 2021).

c) Responsabilidad por el daño ocasionados por las cosas

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cataloga a las responsabilidades comprendidas en los artículos 2350 a 2356 del código civil como el control de las cosas y las actividades a su vigilancia y a su guarda. Este modelo de responsabilidad presume que el daño causado es consecuencia de la falta de custodia y de prevención de quien tiene la posición de garante.

En términos de la Corte se trata de una presunción de culpa, con su carácter excepcionalmente conferido tanto a la categoría de responsabilidad por el hecho ajeno como por el hecho de las cosas, estas tipologías de responsabilidad ostentan un carácter especial porque el régimen común de la responsabilidad está contenido en el grupo de la responsabilidad directa o por hecho propio que consagra el régimen de la culpa probado.

El tratamiento de la Corte Suprema de Justicia a estas tipologías de daño guarda correspondencia con una tradición desarrollada desde 1939, se trata como una responsabilidad de carácter excepcional porque no proviene directamente del acto personal del interesado, sino que se estructura sobre las presunciones de culpa que la ley establece

contra el responsable. En dicho desarrollo de la jurisprudencia, la Corte perfila la existencia de la culpa, mas no la ubica como la causa más próxima o inmediata.

En el artículo 2350 del código civil, el cual establece que “el dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina...” es un ejemplo de precepto cuya formulación genera enfrentamiento entre posturas, por un lado, aquella que defiende la responsabilidad con culpa probada, por otro, que ha seguido la Corte Suprema, la responsabilidad con culpa presunta, y finalmente la responsabilidad objetiva que parece deducirse del inciso segundo del artículo “no habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto”.

La mejor interpretación coincide con la seguida por la Corte Suprema, y en ello coinciden autores como Vargas Jácome (2021), esto es, que se presume de la culpa como juicio de reproche, siendo del resorte de quien reclama, la prueba de los demás elementos de la responsabilidad.

Coincide con la anterior, la responsabilidad por el hecho lesivo, proveniente del animal que reporta utilidad a su dueño o guardián, respecto del cual la Corte Suprema de Justicia estructura una presunción de responsabilidad, al ser susceptible de exoneración solamente a través de la prueba de la causa extraña, “dicho dueño o guardián no puede exonerarse de la referida presunción de culpabilidad, limitándose a afirmar o demostrar la ausencia de culpa de su parte en la ocurrencia del año” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de marzo 11 de 1976).

Sin embargo, es preciso aclarar, que dicha postura de esta corporación, debe interpretarse en el sentido, de que, para ella, se trata de una responsabilidad con presunción de culpabilidad, lo que implica la exención de prueba sobre ese aspecto, o, en otras palabras, al reclamante le incumbe la prueba del daño, el nexo causal y hecho dañoso.

Con efectos diametralmente opuestos, se ha interpretado por el mismo Tribunal el precepto que rige para el animal fiero que no reporta utilidad, que trata el artículo 2354 ibidem. Para la corporación implica una presunción de derecho, lo que para la doctrina significa una responsabilidad objetiva, de la cual el inculpado no enerva su responsabilidad ni aún con la prueba de que el daño le fue inevitable. Quiere decir lo anterior, que, al

propietario o guardián del animal fiero, que no es útil verbigracia para la vigilancia de un fundo, no le basta demostrar la diligencia y cuidado (ausencia de error de conducta), “porque la experiencia indica que ese hecho es ilícito por sí” (Corte Suprema de Justicia en Sentencia No. 14 del 6 de abril de 1989.)

No obstante, la providencia citada, mediante la cual fue declarado exequible el precepto por la Corte Suprema de Justicia, así como de la interpretación sistémica del artículo debe observarse, que la presunción recae exclusivamente sobre el factor subjetivo de la responsabilidad, no así sobre los demás extremos de la responsabilidad; por lo que al inculpado le es posible exonerarse mediante la prueba de la ausencia del daño o la causa extraña. El efecto sustancial, del precepto ha de considerarse que al demandante le incumbe la prueba del hecho dañoso, el nexo causal y el perjuicio.

d) Las actividades peligrosas (artículo 2356 del CC)

Esta tipología de daño se encuentra agrupado dentro del esquema de la Corte Suprema de Justicia, en el tercero de los subgrupos hasta aquí considerados. Por su parte, en la responsabilidad por el hecho de las cosas se funda en una obligación de resultado respecto de la guarda y custodia sobre las cosas, actividades y estructuras que “por regla general” comportan el riesgo de causar daño. La Corte estructura en dicha obligación de resultado comporta una presunción que favorece a la víctima, pues de los extremos de la responsabilidad, le incumbe la prueba de la actividad y el daño.

Que una cosa o actividad sea peligrosa es una condición ex ante a la acusación del daño, es decir, dicha característica de peligrosidad se presenta inherente; sin embargo, también ha sido observado por la jurisprudencia en sus fluctuaciones, que la peligrosidad no se señala de la cosa sino de la actividad desplegada. En términos de la sentencia de casación del 24 de agosto de 2009, de la H. Corte Suprema de Justicia:

“Modalidad concreta de la responsabilidad desligada de la culpa es la generada por las actividades de riesgo o peligro, esto es, aquellas que, aunque lícitas y permitidas por el ordenamiento son potencialmente dañosas de acuerdo con las reglas de experiencia, probabilidad de su ocurrencia y cuya enunciación en el catálogo legal es descriptiva”

En lo referido a esta singular y específica modalidad de responsabilidad por el daño producido por las cosas, la indagación por la imputación causal o física pasa a un plano

secundario en la reclamación, y a un plano principal en la exoneración, pues impera el factor de atribución fundado en la “manipulación de ciertas cosas o en el ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de octubre de 2001, con. 3)

Respecto de la atribución, esta corporación la expresado que es “un factor normativo de atribución por crear un riesgo jurídicamente desaprobado concretado en el resultado por la inobservancia de deberes generales negativos o especiales positivos (seguridad, protección, salvamento, creación, asunción, elevación y exposición al riesgo, injerencia, confianza, prohibición de regreso, autoresponsabilidad, autoprotección, dominio, etc.)” [Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC del 3 de noviembre de 2012, cons. 1)

Para la Corte es claro, y así lo ha reiterado, que la culpa como factor de atribución se haya ínsito en la responsabilidad por cosas y actividades peligrosas, aunque no sea objeto de prueba por el demandante, ni se pueda enervar con la prueba de la diligencia y cuidado. En sus palabras, “no es, que la ley haya omitido regular el punto, sino que no fue su voluntad que fuera dicho” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de Agosto de 2010, cons. 4).

Es precisamente este un aspecto neural con el que la doctrina contrapone la responsabilidad objetiva, pues esta pregonan la inexistencia del factor subjetivo (prescinde de la culpa o error de conducta), y ubica el aspecto central la esta tipología de daño, en el nexo causal, en cual se desestructura con la prueba de la causa extraña. Esta posición doctrinaria, no ha escapado del análisis y rechazo de la Corte Suprema, a la que responde, sin embargo, desde la presunción de responsabilidad:

“Ninguno de los fallos que pregonan la comentada presunción permite al demandado, para exonerarse de la obligación de reparar, probar la diligencia y cuidado. Por el contrario, para el efecto, en todos se exige una causa extraña, la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima” (Corte Suprema de Justicia, sentencia SC 2111 del año 2021, Consideración 5.2.3).

No obstante, aunque de las líneas de la Honorable Corte pareciera desprenderse un argumento de autoridad, y de apego a la tradición, el mismo es solamente aparente, ya que el juez corporado ha explicado que la norma sustancial no permite derivar la teoría de los

riesgos ni la responsabilidad objetiva, razón por la que, la protección de la víctima se logra a partir de la presunción de responsabilidad explicada.

Siguiendo, pues, una larga tradición jurisprudencial cuyas directrices cardinales acaban de transcribirse, preciso es tener muy presente que ante situaciones semejantes a las descritas, donde por hipótesis el daño, sin ser efecto inmediato y directo de una culpa probada atribuible a determinado sujeto a título personal, lo es de la intervención causal de una actividad en la cual, por los peligros que en potencia le son inherentes, quien la lleva a cabo debe extremar en grado sumo las precauciones en la advertencia de tales riesgos y en los cuidados para evitarlos" (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 24 de febrero de 1995, Cons 5.2.3).

(...)

No solo señaló la distinción entre los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, sino que concluyó que si por regla general la carga de la prueba en materia extracontractual corresponde al demandante, por excepción, como cuando se trata de la responsabilidad (...) por el daño de las cosas inanimadas que están bajo el cuidado de los hombres, la prueba se desplaza del demandante para recaer sobre el demandado por la presunción de culpa que establece la ley en varios textos como los artículos 2346 y 2356 del Código Civil..." y aludiendo a esta última norma (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 24 de febrero de 1995, Cons 1).

5.7 La imputabilidad del incumplimiento contractual

Para que el perjuicio derivado de la inejecución de una obligación principal, o su ejecución retardada o defectuosa, sea resarcible, debe cumplir con tres elementos, a saber: **i)** que, el incumplimiento sea imputable al deudor; **ii)** que el acreedor haya sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento; **iii)** que, si se trata de una obligación positiva, dar o hacer, el deudor se encuentre constituido en mora (Ospina, 2001, p. 91).

a) La imputabilidad por dolo. Este factor de imputación de la responsabilidad se encuentra presente siempre que el deudor intencionalmente omite la prestación, o la ejecuta tardía o imperfectamente, siendo la prestación de naturaleza positiva, esto es, de dar o hacer. Siendo el dolo la más grave de las faltas en que puede incurrir un deudor, conllevando a la sanción más severa: *malitiis non est indulgendum*. Al hallarse convicto del dolo, el deudor no solo responde por los perjuicios previsibles, sino por todos los perjuicios que sean derivados o consecuentes de su incumplimiento. A este título o factor de imputación hace referencia el segundo supuesto del inciso primero de artículo 1616 del código civil, que en sus términos

establece “pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

b) La imputabilidad por culpa. Para Ospina Fernández, los principios que regulan los actos jurídicos y las obligaciones además de la buena fe y la lealtad, son “la rectitud u honestidad en la intención y, además, requieren prudencia, diligencia y cuidado en su ejecución” (2001, p. 98). El mismo autor advierte también que el código de don Andrés Bello, sigue la tradición del antiguo derecho español y de Pothier, es decir, la teoría medieval de la prestación de culpas, basado en la utilidad que reporta para el deudor que determina el grado de diligencia que se debe presentar en el cumplimiento de la obligación. En el código civil colombiano se estructura esta división ternaria en el artículo 63, y sus efectos jurídicos contractuales, en el artículo 1604, el cual establece las reglas de la aplicación del primero:

Figura Dos: cuadro comparativo de la “División ternaria de la culpa y sus efectos jurídicos en los contratos, desde el Código Civil”

<i>División ternaria de la culpa y sus efectos jurídicos en los contratos, desde el Código Civil</i>	
Artículo 63	Artículo 1604
<p>La ley distingue tres especies de culpa o descuido.</p> <p>Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.</p> <p>Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.</p> <p>El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.</p> <p>Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.</p>	<p>El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.</p> <p>El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.</p> <p>La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.</p> <p>Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.</p>
	Artículo 1516

<p>Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.</p> <p>El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.</p>	<p>El dolo no se presume sino en los casos especialmente previsto por la ley. En los demás debe probarse.</p>
---	---

Nota: cuadro comparativo de la “División ternaria de la culpa y sus efectos jurídicos en los contratos, desde el Código Civil” autoría propia, UdeA

Las disposiciones especiales del mismo código civil, a través de otras normas especiales; o las partes, pueden estipular respecto del alcance de la responsabilidad, convirtiendo por ejemplo en que uno o los dos extremos responden por una culpa distinta de la legalmente establecida.

En las normas que regulan el mandato, por ejemplo, se establece que aun dada su gratuidad se presume que se ha comprometido a emplear la diligencia y cuidado que una persona diligente emplea en sus negocios, particularmente el artículo 2155, siendo más estricta la responsabilidad del mandatario remunerado, pero en menor grado si ha repugnado el nombramiento del cargo. Al igual que el mandatario, el agente oficioso (artículo 2306), el depositario (Artículos 2244 y 2247), y el comodatario (Artículos 2203 y 2204) son ejemplos de grados variables de culpa.

3.3 Aspectos relativos a la responsabilidad contractual

Se aborda este acápite, con las críticas al modelo colombiano de graduación de culpas, toda vez que dentro de este régimen opera el error de conducta dentro de la constitución en mora, pues a esta la configuran el retardo injustificado, el incumplimiento parcial o total, la culpa y la constitución (acto jurídico mediante el cual se reconviene al deudor).

El principal reparo al modelo teórico - empírico de la prestación de culpas seguido por don Andrés Bello, quien de entre sus dos proyectos (en el que lo incluía y en el que no), él mismo acogió éste por considerarlo de mayor justicia y equidad, en realidad se trata de una fórmula teórica “que por artificiosa, no satisface las necesidades prácticas a la vez que entorpece la labor judicial, reparos estos que son suficientes para justificar el rechazo de la teoría por parte de los redactores del código de Napoleón” (Ospina, 2001, p. 103).

El núcleo de esta crítica reside en que precisamente, una vez determinado el contenido de una obligación e investigada la voluntad de los contratantes se emplean los criterios tanto de la naturaleza jurídica del acto u obligación, de los usos y costumbres y de la equidad al

deudor le es, o le debería ser exigible la diligencia y cuidado propio de una persona prudente que emplea para el cumplimiento su inteligencia y voluntad natural, pues se trata de actos liberales en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, exigirle un mayor o menor sacrificio por el provecho que le reporta o no a cada una de las partes va a en contravía de los principios de solidaridad e incluso en contra de los intereses legítimos del acreedor o el fundamento o finalidad del contrato que en el ejemplo del comodato, cuando solo le reporta utilidad al comodatario, en vez de ser beneficiado se convierte en esclavo de la cosa por deberla “custodiar con tanta diligencia, que ya no puede aprovechar normalmente el uso de aquella” (Ospina, 2001, p. 103).

Autores como Ospina Fernández (2001) critican la división ternaria de la culpa no solo por inconveniente, artificiosa y por convertirse en un óbice, sino por entregar arbitrariedad a los jueces quienes “llamados por el sistema vigente a clasificar la conducta de los deudores en tres categorías separadas entre sí por líneas sutilísimas y de ordinario inasibles” (p. 103). Esta manera reductiva de expresar las críticas respecto del modelo de la prestación culpabilísima se entiende como la conveniencia optar por un modelo en el que el deudor quede obligado sin más ni menos a comportarse como una persona normalmente cuidadosa y diligente, esto es como el modelo abstracto romano del *bonus pater familias*.

3.3.1 La carga de la prueba respecto al incumplimiento y sus títulos de imputación

Desde la unidad normativa del modelo general de responsabilidad y descendiendo a la particularidad del dolo, debe partirse del artículo 1757 del CC, que en su redacción se tiene: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Teniendo en cuenta que la obligación resarcitoria emana del daño, la interpretación conlleva a preconcluir que es la extensión del mismo, la que determina el alcance del resarcimiento mismo, derivados del incumplimiento por parte del deudor, así como, la regla general y su respectiva aplicación a esta especie de obligación.

Asume pues, el acreedor demandante, cuya pretensión es el resarcimiento por las lesiones causadas con el incumplimiento (inejecución total, parcial o retardada de la obligación positiva), la carga probatoria respecto de los requisitos legales para su estructuración: que i) el incumplimiento sea imputable al deudor; ii) que el acreedor haya

sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento; iii) que si se trata de una obligación positiva, dar o hacer, el deudor se encuentre constituido en mora.

En el anterior contexto, el primero de los componentes, se constituye en el factor de imputación, en el cual se enmarca el dolo como incumplimiento intencional que necesariamente debe ser probado, por lo establecido en el artículo 1516 del código civil que prohíbe su presunción, como se transcribe de su redacción: “El dolo no se presume sino en los casos especialmente previsto por la ley. En los demás debe probarse”. Ejemplo de su excepción son:

- Artículo 1025 Cuando se detiene u oculta el testamento
- Artículo 1038 cuando el albacea cumple disposición testamentaria contraria a la ley
- Artículo 2284 cuando se hace una apuesta, sabiendo de cierto que ha de verificarse o se ha verificado el hecho de que se trata.

El modelo normativo sustancial del cual se va a derivar la responsabilidad contractual por el factor de imputación o título “doloso”, y que implica “ todos los daños, previsibles e imprevisibles al momento de la perfección del vínculo” a cargo del contratante incumplido y a favor del acreedor deriva en este último dos cargas probatorias específicas y diferenciadas, por un lado, el incumplimiento doloso al no ser objeto de presunción, de aligeramiento o exención de prueba, y por el otro, la extensión del daño mismo cuando no sean sumas dinerarias o cuyo daño ya haya sido establecido por el legislador.

De otra parte, el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, establece la excepción a la regla general sobre la carga probatoria incorporada en el inciso primero del 167 del Código General del Proceso, que opera como dispositivo general, toda vez que aquel, refiriéndose a la responsabilidad del deudor, en su redacción establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”, por lo que el acreedor pretensionante tendrá la carga de la afirmación respecto del incumplimiento total, parcial o retardo, pero no de los supuestos de hecho que estructuran el factor de imputación culposo.

Lo anterior, en razón a que el legislador impuso dicha carga sobre quien debió emplear la diligencia y cuidado en su cumplimiento, y así, respecto de la extinción misma de la

obligación. En otras palabras, si la obligación es de medio, al deudor le corresponde la carga de probar la diligencia que empleó en su cometido, sea satisfactorio o no de las expectativas del acreedor, y si se trata de una obligación de resultado⁶², que la misma se extinguió en las condiciones legal y convencionalmente establecidas.

Al acreedor demandante le basta probar la existencia de la obligación, y afirmar el incumplimiento por parte del otro extremo sustancial, teniendo en cuenta que la infracción al clausulado no goza de presunción en el estricto sentido, sino que se trata de una exención o facilitación probatoria, con el efecto jurídico mal denominado inversión de la carga. Por otro lado, al deudor le corresponde en cambio, afirmar y probar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que la obligación se extinguió o la prueba de que el incumplimiento no le es imputable, por tener aquel, origen en una causa extraña o en una causal de exoneración (incluyendo la mora creditoris).

La carga de la prueba en materia contractual, es específica, o mejor, recibe un tratamiento diferenciado por la estructura del esquema sustancial, que es determinante en los criterios que la doctrina tradicional esgrime en defensa el sistema dual de los regímenes de responsabilidad, esto es, entre la llamada responsabilidad extracontractual o por el hecho ilícito, y la que tiene su fuente en el incumplimiento de las prestaciones contractuales. En aquella, llamada también responsabilidad aquiliana, la culpa no se presume salvo la evolución interpretativa del artículo 2356 por actividades peligrosas.

3.3.2. Exención probatoria del hecho indefinido del impago

⁶² Para aclarar los términos en que debe entender tal distinción hoy controvertida, resulta de utilidad el salvamento de voto del magistrado Ariel Salazar Ramírez, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia: “En efecto, la principal diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado radica en que en las primeras el deudor puede eximirse de responsabilidad por su incumplimiento si demuestra que actuó con la diligencia y cuidado que habría tenido una persona prudente, mientras que en las de resultado las únicas causales que exoneran de responsabilidad al deudor incumplido son la causa extraña y la culpa exclusiva de la víctima, basta pues demostrar que el contrato se incumplió o se ejecutó de manera tardía, imperfecta o incompleta para que surja la obligación de pagar la indemnización que corresponda, o pedir el cumplimiento coactivo cuando ello es posible” (Caso de María Cristina Aguirre Gallo/José Manuel Fernández Martí, de 26 de julio de 2019, Expediente: SC2804-2019.)

El acreedor demandante que pretende la terminación del contrato por el impago de sumas dinerarias, y a su vez el resarcimiento consistente en los intereses que él mismo produce, de plazo o remuneratorios, o respectivamente moratorios, se encuentra amparado por el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, el cual establece que “los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

El impago afirmado por el acreedor como componente de su causa, si bien es cierto, se trata de una negación indefinida en sí misma, se constituye en realidad como un hecho indefinido, pues la indefinición se versa, no en las afirmaciones sino del hecho mismo (Azula, 2015), esto es, que se encuentra en un estado de indeterminación que imposibilita, o dificulta en exceso, establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar del mismo.

Lo anterior significa que el demandante sería titular de la carga probatoria consistente en el hecho negativo, de la no realización del hecho extintivo de la obligación: “en ningún momento, en ningún lugar y bajo ninguna modalidad, lo cual resultaría imposible dada las infinitas posibilidades en que pudo verificarse el pago” (Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-106, 2021). Precisamente por la calidad indefinida de la negación -no pago-, es que se opera, en virtud de la ley, la inversión de la carga de la prueba.

Con este fundamento, la Corte, concluyó que:

“[E]l desplazamiento de la carga probatoria hacia el demandado cuando la causal es la falta de pago del canon de arrendamiento es razonable atendida la finalidad buscada por el legislador”. Esto, porque “la norma acusada impone un requisito a una de las partes para darle celeridad y eficacia al proceso, el cual es de fácil cumplimiento para el obligado de conformidad con la costumbre”. Por tanto, “la aparente contradicción entre la norma acusada” y los artículos de la Constitución que se consideran vulnerados, “se resuelve, no obstante, a favor de la norma acusada, por estar plenamente justificada la determinación de imponer ciertas cargas probatorias al demandado, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto”. Por lo demás, la Corte resaltó que “la exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa

forma poder hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas”⁶³
(Corte Constitucional, 2021, C 106).

3.3.3. Exención probatoria del hecho indefinido de las obligaciones de dar y hacer

Al lado de la exención probatoria respecto al factor de imputación o título culposo, incorporada por el legislador en el artículo 1604 del Código Civil, así como del relevo probatorio derivado del inciso final del artículo 167 del Código General Del Proceso sobre el hecho negativo indefinido del impago por el deudor de sumas de dinero constituido en mora. Así, es menester analizar, si el ya citado artículo 1757 del estatuto civil o 167 del estatuto procesal, regulan la prueba que tiene la finalidad demostrativa del incumplimiento obligacional, en prestaciones de dar o hacer.

Respecto de las obligaciones con este carácter positivo, también opera la atribución beneficiosa de la exención para el acreedor demandante, ya en virtud de la carga impuesta por el legislador en el Artículo 1757 “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Pero también, porque la entrega de cosas muebles que constituyen la prestación a cargo del deudor son susceptibles de considerarse hechos indefinidos, en los contratos de tenencia, como por ejemplo el depósito, el comodato, el arrendamiento, en los mismos términos que las obligaciones dinerarias, derivadas del mutuo con o sin interés.

De forma diversa sucede con los perjuicios derivados del uso diferente al ordinario, del uso diferente al designado por estipulación contractual, o simplemente del mal uso. Caso en el cual al acreedor cuyo patrimonio lesionado, busca resarcir el daño, le corresponde probar la extensión del mismo en sus calidades, cantidades y naturaleza, de las cuales depende poder valorar y liquidar dentro del proceso declarativo correspondiente.

3.3.4 Carga de la prueba en el incumplimiento de las obligaciones negativas o de no hacer

⁶³ Previo a resolver la Corte Constitucional en la motivación No. 52 realiza estas precisiones.

Las características de este tipo obligacional, ubican al acreedor demandante en el extremo contrario de la que antecede, es decir, el incumplimiento en modalidad culposa dentro de las obligaciones positivas. Por el contrario, tratándose de prestaciones negativas o de no hacer, versan sobre hechos que no gozan del carácter indefinido, la infracción contractual de esta naturaleza se materializa a través de una conducta positiva, cuyas condiciones de tiempo, modo y lugar son individualizables y determinables por el incumplimiento mismo.

Así la pretensión que busca declarar incumplido, al deudor demandado, debe estar acompañada de la prueba de que el deudor hizo, cuando se hallaba obligado a no hacer, y por lo mismo, ese hacer del extremo pasivo de la pretensión debe estar identificado en la causa de la demanda el cuándo, dónde y cómo realizó el demandado dicho acto positivo.

Lo anterior, se explica por la naturaleza disímil de este tipo de obligación, que no se enmarca en el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso (no se trata de un hecho indefinido), ni en el Artículo 1757 del Código Civil (toda vez que no versa sobre la existencia de la obligación ni de su extinción).

De lo anterior se extraen al menos dos conclusiones, a saber: i) el incumplimiento en general no es un hecho del deudor que se encuentra abarcado por una presunción propiamente dicha como la doctrina suele referir, toda vez que no tiene la estructura básica de un hecho generador o base, regla de presunción y hecho presunto, (cuando además el hecho positivo en las obligaciones de no hacer se trataría de una excepción a la excepción); ii) en las obligaciones positivas, de dar o hacer, se trata de una exención probatoria encaminada al aligeramiento de la posición procesal que ocupa el demandante acreedor, por la dificultad excesiva que representa su probanza, hipótesis en la que no se verifica o abarca las obligaciones negativas.

Por último, es dable precisar que cuando la controversia tiene su eje de debate, en el cumplimiento o incumplimiento, articularlo con la carga de la prueba implica referirse al

thema⁶⁴ de ésta, debemos integrar que en las obligaciones de dar o hacer se acude al pago. En cambio, en las obligaciones negativas se establece el no hacer.

Aunque suelen mencionarse varios aspectos exentos del tema de prueba, realmente de lo que están dispensados es de probarse, como ocurre con las negaciones indefinidas, los hechos notorios, etc. “Los únicos que constituyen exención al tema de prueba en un proceso contencioso, desde el punto de vista abstracto, son los denominados admitidos” (Azula, 2015, p, 38), y también los no controvertidos.

3.3.5 Equiparación de la culpa grave y el dolo, problema probatorio

“En cuanto al máximo descuido o negligencia por parte del deudor, el código civil acogiendo la solución romana, la equipara con el dolo”, así lo establece el Artículo 63 Código Civil) el efecto jurídico que se deduce de esta equiparación, es hacer responsable al deudor de todos los perjuicios derivados de su inejecución, de su ejecución parcial o tardía y no solamente de aquellos que hubieran sido previsibles o que se hubieran podido prever al momento de celebrar el contrato (Ospina, 2008).

Sin embargo, a través de la hermenéutica se concluye que dicha equiparación legal, hace referencia a los efectos de la falta y no a la prueba de la misma. En principio se entiende que mientras el dolo no está exento de prueba, y por tanto se integra al *thema probandum* en el juicio, por otra parte, la culpa del deudor que responde por el respectivo grado en los términos del artículo 1604 sí se encuentra relevada para el demandante, razón por la cual, es al deudor demandado a quien corresponde desvirtuar, probando haber procedido con la diligencia y cuidado debido.

Sin embargo, esta regla no es tan simple como a primera vista se ofrece: la culpa grave se presume en caso de incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato en el

⁶⁴ Devis(1987), explica que “Al paso que el objeto de la prueba judicial es una noción objetiva y abstracta, porque no contempla los problemas de cada proceso, ni la posición de las partes frente a los distintos hechos, el tema o necesidad de prueba es una noción objetiva y concreta: lo primero, porque comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tener en cuenta a quién corresponde suministrarla; lo segundo, porque se refiere a ciertos y determinados hechos (los que en cada proceso debe probarse), entre los que en número casi ilimitado pueden servir !le objeto de prueba judicial desde un punto de vista abstracto. (p. 186)

que el deudor, haya de prestar dicha culpa por ser tal contrato de interés exclusivo del acreedor como el depósito gratuito. Entonces, “presumiendo que el incumplimiento del deudor obedece a grave culpa de su parte, para exonerarse de responsabilidad él tiene que probar que no ha procedido con negligencia mayor que la de una persona descuidada en la gestión de sus propios negocios” (Ospina, 2008, p. 108).

El aspecto problemático al que hace referencia el autor colombiano, es que en los contratos donde hay obligaciones que le son beneficiosas a ambas partes, y por tanto el deudor responde por culpa leve, es este último grado el que se encuentra beneficiado con la exención probatoria, y no, la grave. Los efectos jurídicos son relevantes, ya que, con la grave, el deudor responderá por los perjuicios aun no previstos al momento de celebrar el contrato.

Lo anterior se traduce en que, probada por el acreedor la culpa grave, le hace más onerosa la responsabilidad del deudor incumplido. pero, de ser gravosa la probanza para el acreedor, puede acogerse a la exención por culpa leve y solo proceder al recaudo de los daños previsibles al momento de celebrar el contrato.

4. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

1. La caracterización jurídica de la carga de probar en el ordenamiento jurídico colombiano, y más precisamente en el estatuto procesal general, conlleva una serie de consideraciones relacionadas a su propósito de servir como mecanismo de efectividad del derecho a probar con su elasticidad y aligeramiento. Lo anterior porque en gran medida, las controversias suscitadas entorno a la carga, se basan en estos últimos aspectos.

Sin embargo, se señala que la relación entre la carga probatoria y el derecho a probar es la misma que hay entre una norma legal y un derecho fundamental constitucional: la carga es el medio para la realización del fin, es decir, su desarrollo.

Desde este elemento interpretativo se alcanzó, en el presente desarrollo investigativo, a establecer que tanto la carga de la prueba en su aspecto objetivo como subjetivo permiten explicar los mecanismos de facilitación y aligeramiento de esta, ya por vía sustancial como procesal, tienen la finalidad de garantizar la igualdad de las partes en el juicio y la completitud probatoria.

Estos componentes se enmarcan en la garantía constitucional del derecho a la prueba, pero para su realización efectiva el legislador acude a criterios de equidad, para la implementación de los mecanismos de efectividad de este derecho fundamental. O, en otras palabras, las facilidades consisten en un rango de elasticidad que procuran la efectividad de la prueba, dentro de la carga de probar, al lado de otros dispositivos, como el peso y la valoración probatoria.

Con todo, igualar a las partes, no formalmente, sino en su sentido material, y favorecer la completitud probatoria, hace parte del principio de maximización epistémica del proceso, esto es, que la decisión tenga fundamento en la mayor cantidad de información posible, cierta y verdadera, que justifique y desarrolle los fines del estado y del proceso mismo.

También, debe señalarse que el *onus probandi*, se configura como especie dentro del género “carga procesal”, por su naturaleza jurídica, la cual hace que su ubicación en la teoría general del derecho sea al lado de los derechos y facultades. Lo anterior, por su carácter libre, y por estar vinculada al interés de evitar los efectos adversos o desfavorables. En esta característica versa su oposición a los efectos sancionatorios derivados del incumplimiento a un deber u obligación, toda vez que, en la carga, ningún sujeto del proceso coloca al titular de esta en una situación jurídica de cumplimiento coercitivo o sancionable.

Vinculado a la anterior característica, se encuentra que expresiones como “imperativo del propio interés” o de “necesidad jurídica”, desnaturaliza su configuración legal, al aproximar esta categoría a la de los deberes, toda vez que una sentencia desfavorable no puede entenderse como sanción, sino como la actuación del derecho sustancial a una situación de hecho particularizada y concretizada en el litigio.

Resultó importante, para el presente desarrollo, que el código general del proceso regula, primero como entidad general y abstracta de manera similar a como se estructuró por la doctrina y la jurisprudencia, desde el artículo 1757 del CC, pese que esta es una expresión singular de la misma. En segundo lugar, regula el dinamismo probatorio, y finalmente establece la exención de prueba respecto de los hechos indefinidos (que dicho estatuto denomina afirmaciones o negaciones indefinidas).

De la regulación en comento, es decir, del ordinal primero del artículo 167, y de la noción que a través del mismo se ha construido, permite inferir una configuración binaria de aspectos en su contenido que le dan alcance:

a) El aspecto objetivo, que se explica como la orden impartida al juez para distribuir el riesgo de la incertidumbre (y que es para el presente trabajo la esencia del *onus probandi*), desde la cual se estructura la regla abstracta de imperativo cumplimiento que tiene aplicación, en el supuesto de incertidumbre o falta de certeza sobre los hechos jurídicamente relevantes en el caso.

b) El aspecto subjetivo, estructurado desde incumbencia o correspondencia, se explica desde la posición de las partes como extremos del litigio, que, frente al riesgo de la decisión desfavorable, encaminan sus actos probatorios a evitar la incertidumbre sobre la cuestión de hecho.

Teniendo en cuenta dicha dualidad, la carga de la prueba como otras cargas procesales, tiene efectos jurídicos no solo en la sentencia que resuelve el mérito del litigio, sino también, desde el principio del proceso y durante todo su desarrollo, dada la necesidad práctica de encontrarse probados determinados hechos que sirven de fundamento a decisiones interlocutorias (con estándares probatorios igual o menos rigurosos que el de la sentencia) como lo es la imposición de medidas cautelares previas, las excepciones previas, la solicitud y el trámite de incidentes.

Por otro lado, otras nociones se han constituido para interpretar la carga del *onus probandi*. Sin embargo, en su completitud y unidad no caracterizan el alcance normativo que

se despliega desde el ordinal primero del artículo 167, y menos, en el entendido actual, de que es un mecanismo de efectividad de la prueba. Hablar de un sentido formal y material de la carga, no agrega contenido significativo a este respecto. Cifrar en la metodología silogística que caracteriza la decisión judicial, entendiéndola como una cadena inferencial, pareciera poner en entredicho la necesidad de regular expresamente la regla de la carga de la prueba. Sin embargo, por las razones vistas en el apartado pertinente dicha crítica no tiene en cuenta las razones sociales, políticas y también jurídicas por las cuales el ordenamiento jurídico incluyen este tipo de normas.

El ordenamiento jurídico que imagina Taruffo, parte del hecho superado de la realización del principio de legalidad, y desde éste, la democracia, en ese ordenamiento jurídico no tendría sentido estructurar mecanismos de impugnación, porque la decisión del juez sería perfecta, pese a esto, la norma regla se funda en la garantía a la seguridad jurídica, no como prohibición de repetición de causa judicial, sino como realización del derecho sustancial.

La regulación dada por el código general del proceso, implicó también el coeficiente de elasticidad propia de las normas adjetivas que la jurisprudencia emplea con el propósito de materializar el derecho sustancial controvertido, que opera en el supuesto de la dificultad e imposibilidad de aportación, para permitir su aligeramiento a través de la denominada carga dinámica de la prueba.

Pese a las importantes críticas que se han formulado en contra de este mecanismo de aligeramiento probatorio, el legislador procesal lo instituyó, y es hoy un mandato legal cuya aplicabilidad procede de oficio o a petición de parte, cuando a quien no le “incumbe” probar, se ve compelido por la orden del juez en razón a circunstancias de cercanía, facilidad, circunstancias técnicas o una posición dominante, entre otras.

Las importantes críticas que se han alzado contra la teoría de la carga dinámica probatoria, son útiles para reconstruir su contenido y enriquecerlo; sin embargo, de entre estas críticas se destaca aquella que hace referencia, a su incidencia en la norma sustancial: distribuir la carga de la prueba conlleva la alteración del supuesto normativo, deviniendo en la creación de una nueva norma por el juez, lo que afecta el principio de legalidad y el principio democrático.

En cambio, una importante postura teórica, que permite explicar el dinamismo probatorio como mecanismo de efectividad de la prueba, es aquella según la cual, su funcionamiento es más propiamente un razonamiento indiciario del juez,

Por otro lado, el mecanismo de facilitación de la prueba consistente en la presunción en estricto sentido, es decir, las legales o *iuris tantum* (representaciones de las máximas de la experiencia legisladas), por naturaleza relevan la prueba a quien es favorecido con ella. Por su estructura, dicha exención tiene aplicabilidad cuando un hecho (base o generador), reemplaza otro (el presumido a través del vínculo), cuya probanza en términos de probabilidad es más fácil.

Este mecanismo no impacta en la carga de la prueba (como norma regla) ni invierten las misma, sino que precisamente tienen incidencia en el *thema probandum* porque la prescripción legal impone que el hecho jurídicamente relevante sea reemplazado por el hecho objeto de prueba, es decir, el hecho generador; lo que quiere decir, que la parte aporta prueba directa o indirecta contra el hecho presumido que es lo que normalmente haría o contra el hecho generador.

Deben discriminarse también las cargas de hecho cierto, mal denominadas presunciones, toda vez que no hacen parte de la carga de la prueba, pues se trata de mecanismos empleados por el legislador con fines de eficiencia, mediante los cuales integra ficciones con grados variables, que inciden en la valoración de la prueba.

Tanto las tradicionales como actuales tendencias del daño, han originado modelos sustanciales que aparejan expresiones singulares de la carga de la prueba, que, por tratarse precisamente de reglas especiales, inciden en el *thema probandum*, desplegando efectos sobre este último y no sobre la carga de la prueba propiamente dicha.

Dentro de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones, se tiene un modelo normativo sustancial que impacta en la distribución, en el sentido que se trata de expresiones singulares de la carga. El primero de ellos es la imputación a título doloso, el cual se caracteriza por tener la regla general de la incumbencia probatoria sobre el acreedor que pretende el resarcimiento, al respecto hay tres excepciones, dos de ellas inaplicables (las del artículo 1035 y 1038 del Código Civil) y la del apostador, que de antemano sabe el hecho

a verificar (artículo 2284 Código Civil). Lo anterior quiere decir que en los términos del artículo 1516 el dolo no se presume sino en los casos específicamente previstos en la ley.

Respecto al incumplimiento contractual a título culposo, el legislador impone la carga de la prueba sobre quién debe emplear la diligencia y cuidado en el cumplimiento de la obligación. En cambio sino es una obligación de medio donde el elemento subjetivo tiene especial relevancia, sino de resultado, es al deudor a quien corresponde la prueba del cumplimiento en legal y convencional forma.

Dentro de esta especie de responsabilidad, se concluye que el impago es un hecho indefinido que encuadra en el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, por lo cual se encuentra relevado de prueba. O, lo que equivale a decir que mientras el acreedor tiene una carga de alegación respecto de la mora, el deudor tiene la carga de probar el pago o hacerlo presumir si este es periódico (o en su lugar alegar la causa extraña que desestructure la mora).

También, dentro de la responsabilidad contractual se concluye que, mientras el acreedor tiene la carga subjetiva de probar el incumplimiento en las prestaciones de no hacer, precisamente por tratarse de un hecho positivo, definido en términos de tiempo, modo y lugar, no así en las de dar o hacer que igual que el impago de sumas dinerarias es comprendido dentro de la categoría de las negaciones indefinidas, admitiendo las excepciones vistas en el acápite respectivo.

Dentro del desarrollo, igualmente, se concluye que la exención de prueba de la cual goza el acreedor ante la indefinición de los hechos positivos (obligaciones de dar, hacer o pagar sumas de dinero) no estructura una presunción de incumplimiento, sino un simple relevo probatori cuya incidencia directa es sobre el thema probandum.

Ahora bien, en contraste con el anterior, en el sistema de responsabilidad binario, vigente en Colombia, la extracontractual ofrece particulares dificultades conceptuales, principalmente por el desencuentro entre la jurisprudencia y la doctrina en aspectos fundamentales: la equiparación entre la presunción de responsabilidad (que se enerva o exonera con la prueba de la ruptura del nexo causal) y la responsabilidad objetiva (que admite

dos grados, la estricta que no se enerva, y la relativa que se exonera con la prueba de la causa extraña y la culpa exclusiva de la víctima).

Las actividades peligrosas, por ejemplo, al igual que el daño causado por el animal fiero que no reportan utilidad, se ubican en este plexo de la responsabilidad, en el que, el inculpado ha de probar la ruptura del nexo causal para exonerarse en el primero, mientras que siempre responderá de los daños irrogados a la víctima dentro del segundo.

Lo anterior acontece porque la Suprema Corte de Justicia, mantiene el eje del resarcimiento en la culpabilidad, aun cuando la diligencia y cuidado (o mejor, ausencia de error de conducta) no sean suficientes para exonerar al dueño, guardián o garante, de la actividad peligrosa.

En esos casos de presunción de responsabilidad, la prueba del hecho dañoso y del daño corresponden a quien reclama el resarcimiento, configurándose la carga de probar, que correlativamente, impone al inculpado la incumbencia demostrativa de la ausencia del nexo causal.

En la presunción de culpa, por el contrario, a la presunción de responsabilidad, a la víctima corresponde tanto la prueba del hecho, del daño y el nexo causal, pues lo que se presume es el factor subjetivo o el error de conducta del inculpado, a quien lo corresponde para enervarla o exonerarse, la prueba de la diligencia y cuidado.

Son los casos de la responsabilidad por el hecho de las cosas (aunque no así por la ruina del edificio), y la responsabilidad por el hecho ajeno (que también tiene su excepción en los hechos cometidos por los hijos con malos hábitos creados). Salvo las excepciones, que se desplazan a la responsabilidad presunta, en las presunciones de culpa el demandado se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado.

Finalmente, en la denominada responsabilidad con culpa probada, la carga de la prueba, como regla general y abstracta, incorpora toda su extensión, esto es, que al demandante víctima corresponde la prueba de todos los elementos que estructuran la responsabilidad civil, incluyendo la culpa como factor de imputación.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

- Aguirre, M. (2017). "El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno". Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, 423-441. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5032/6091>
- Alessandri, A. y Somarriva, M. (1962). Curso de derecho civil. Tomo II. 3 Ed. Editorial Nascimento.
- Agudelo, M. (2000) Filosofía del derecho procesal. Leyer.
- Azula, J. (2015). Manual de derecho procesal tomo VI. Editorial Temis.
- Benthan, J. (1971). Tratado de las pruebas judiciales. Volumen I. Ediciones jurídicas Europa - América.
- Benthan, J. (1971). Tratado de las pruebas judiciales. Volumen II. Ediciones jurídicas Europa - América.
- Barnuevo, D. (2003) La distribución de la carga de la prueba en el derecho tributario. Revista española-derecho financiero.
- Beck, U. (2002). La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Paidós Ibérica. Recuperado en: <https://www.gub.uy/sistema-nacional-emergencias/sites/sistema-nacional-emergencias/files/documentos/publicaciones/La%2Bsociedad%2Bdel%2Briesgo%2Bhacia%2Buna%2Bnueva%2Bmodernidad%20-BECK.pdf>
- Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Benfeld, J. (2020). A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de onus probandi. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia.
- Betancur, C. (1982). De la prueba judicial. 2ª Ed. Editorial Bedout S.A
- Bonet, J. (2009). Valoración de la prueba. La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales. Revista Chilena de Derecho.
- Bonnier, E. (1928). Tratados de las pruebas en derecho civil. Vol. 2. (5ª Ed.) Madrid, España. Reus.
- Bordalí, A. (2020). La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia.
- Bravo, P. (2013). Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile. Revista Chilena de Derecho Privado. Artículos de doctrina.
- Cabrales de la Pava, C. e Integrantes del Semillero. (2013). la carga de la prueba y el derecho a probar en el código general del proceso. Revista Cultural UNILIBRE.
- Calamandrei, P. (1962). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Calvinho, G. (2016). Carga de la prueba. *Teoría de las cargas probatorias: polémica Juicios de Familia y de responsabilidad civil. Reglas del Código Civil y Comercial*. Astrea.
- Calvinho, G. y Valdivia, C. (2020). Razones para no incorporar la inaceptable teoría de la carga dinámica de la prueba en el proceso civil peruano. gaceta civil & procesal civil.
- Calvinho, G. (2020). A favor de la carga de la prueba. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia. Recuperado en <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a07>
- Cardoso, J. (1971) Pruebas Judiciales. Editorial ABC.
- Carnelutti, F. (1944). Sistema de derecho procesal civil. Uthea Argentina.
- Cavani, R. 2018. Prueba de oficio y prohibición de reemplazar cargas probatorias. Gaceta Civil & Procesal Civil.

Codice Civile Italiano. Regio Decreto. Marzo 16 di 1942. Recuperado de <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprima/codici/codiceCivile>

Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. 1 de julio de 2012 (Colombia)

Código Civil [CC]. ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1873 (Colombia)

Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. Sentencia C-300-2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis. 23 de Abril de 2002.

Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. Sentencia C-338-2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis. 7 de mayo de 2002.

Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. Sentencia C-731-2005. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. 12 de julio de 2005.

Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. Sentencia C-025-2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil. 27 de enero de 2009 .

Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. Sentencia C – 145 – 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. 12 de marzo de 2009.

Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. Sentencia C-086-2016. Jorge Iván Palacio Palacio. 24 de febrero de 2016.

Corte Constitucional Colombiana. Sala plena. sentencia C-106-2020, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. 22 de abril de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Auto 1491 – 2022. M.P. Francisco Ternera Barrios. 22 de Abril de 2022.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Auto AC – 1791 – 2022. M.P. Martha Patricia Guzmán Álvarez. 31 de Mayo de 2022.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial LXXXVIII. Sentencia SC de 6 de junio de 1958, p. 135 – 140. M.P. Arturo Valencia Zea. Recuperado de <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/12/SC-02-06-1958-10-11.pdf>

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 24 de febrero de 1995. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia SC radicado 4700131030032005-00611-01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. 26 de Agosto de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia SC radicado 76001-31-03-009-2006-00094-01, M. P. Ariel Salazar Ramírez. 3 de julio de 2012.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Y Agraria, Sentencia Radicado 52001-3110-003-2006-00173-01. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. 28 de noviembre de 2012

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia SC 12947-2016. M.P. Margarita Cabello Blanco. 15 de septiembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia SC 13925-2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. 30 de septiembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia SC 21828 – 2017. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. 19 de diciembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia SC 2804-2019. M.P. Margarita Cabello Blanco. 26 de Julio de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia SC 172 – 2020. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. 4 de Febrero de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. sentencia SC 282-2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. 15 de febrero de 2021

Corte Suprema de Justicia Sala De Casación Civil Y Agraria, Sentencia Expediente 2419 del 16 de julio de 1985, M. P. Horacio Montoya Gil.

Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil. Sentencia del 11 de marzo de 1976, M.P. José María Esguerra Samper.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia No. 14 del 6 de abril de 1989. Expediente: 1887. M.P. Jairo E. Duque Pérez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009, M.P. William Namen Vargas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 23 de octubre del 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencia SL6497-2015. M.P. Clara Cecilia Dueñas. 29 de abril de 2015.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencia SL 11325 – 2016. M.P. Gerardo Botero Zuluaga. 1 de Junio de 2016.

Cruz, D. (2017). La dignidad de la persona humana, principio conceptual del accionar judicial en Colombia y en Alemania. *Advocatus*. N°. 28. págs. 261-274. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6128954>

Dabin, J. (1955). *Teoría general del derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado.

Díaz, J. (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vulneración a la igualdad constitucional*. Unilibre.

Decreto 1400 De 1970 [con fuerza de ley]. Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. 21 de septiembre de 1970. D. O. No. 33.150

Devis, H. (1987). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo 1. Primera Edición: Editorial Biblioteca Jurídica Dike.

Duque, S., Gonzales, F., Cossío, N. y Martínez, S. (2018). *Investigación en el saber jurídico*. Imprenta Universidad de Antioquia.

Durán, L y Nina, P. (2018). La carga de la prueba en precios de transferencia. *Análisis Tributario*.

Espinosa, L. (2014). *Las verdaderas interrogantes de la carga dinámica de la prueba*. universidad diego portales.

Fernández, M. (2006). *La carga de la prueba en la carga judicial*. Editorial la Ley.

- Ferrer, J. (2018). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. Tomado de Teoría de la Prueba. Edición especial. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, p. 37 – 68.
- Ferrer, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. Tomado de Contra la carga de la prueba. Marcial pons.
- Framarino, N. (1981). Lógica de las pruebas en materia criminal. Volumen I. Temis Furlotti,
- S. (2020). El daño resarcible en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Revista IUS, vol. 14, núm. 46, 2020, Julio-Diciembre, pp. 9-29 Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Departamento de Investigaciones
- Gama, R. (2013). Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. Revista De Estudios De La Justicia, (19), pp. 65–89. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i19.36187>.
- García, S. (2007). Las reglas generales del onus probandi. Bosch Editor. Tomado de *Objeto y carga de la prueba civil*, p. 47 – 100
- Giannini, L. (2016). Principio de colaboración y “carga dinámica de la prueba” en el Código Civil y Comercial. La ley.
- Gil, A. (2010). Cargas probatorias dinámicas una solución ante la dificultad probatoria. Ius Novium. <https://iusnovum.cl/revista-de-estudios/>
- González, J. (2018). La carga dinámica de la prueba. IV Congreso de Derecho Procesal: “Reforma, realidad y perspectiva”. Valle de la Pascua.
- Herrera, R. (1991) La Inversión de la Carga de la Prueba: ¿Manifestación del "In Dubio Pro Operario"? . Themis revista de derecho.
- Hinestrosa, F. (1999). "Devenir del derecho de daños", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 32. 5-26. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.01>

- Lessona, C. (1957). Teoría general de la prueba en el derecho civil. O exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y sus diferentes aplicaciones en Italia, Francia, Alemania etc. Tomo I. Cuarta edición. Reus S. A.
- Lluch, X. (2007). Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil. Bosch Editor. Tomado de *Objeto y carga de la prueba civil*, p. 17 – 46.
- Martínez, G. (1998). Responsabilidad civil extracontractual. Editorial Temis.
- Mazeaud, H. Mazeaud, L., Mazeaud. J. y Chabas, F. (1986). Leçons De Droit Civil, t. I, 2e vol.: *Les Personnes: La Personnalité - Les Incapacités*, 7eéd. par F. Chabas. Paris: Montchrestien.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. Y Tunc, A. (1961). Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Volumen 1. Ediciones Jurídicas Europa-América
- Monroy, C. y Marco G. (1974). Principios del derecho procesal civil. Temis.
- Mejía, J. (2011). Problemas centrales del análisis de datos cualitativos. Revista Latinoamericana de Metodología de la Investigación Social. 47-60. recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5275948>.
- Micheli, G. (1982) La Carga de la Prueba. Editorial Mundo Editores.
- Miles, M. y Huberman, M. (1984). Qualitative data analysis. A sourcebook of new methods. Traducción de Rosa I Valero. Recuperado en: <https://es.scribd.com/doc/56963097/17-Huberman-y-Miles-1994>
- Motaño, J. (2000) Derecho constitucional procesal. Leyer.
- Montilla, J. (2008) La acción procesal y sus diferencias con la pretensión y demanda. Cuestiones Jurídicas [en línea]. 2008, II (2), 89-110. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127519338005>
- Muñoz, L. (1997). Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso. Temis.

- Nieva, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. Revista para el análisis del derecho.
- Nieva, J. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal. 130-145. Disponible en: <http://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/la-carga-de-la-prueba-una-reliquia-historica-que-debeira-ser-abo/587>
- Nieva, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia
- Ospina, G. (2005). Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis.
- Ospina, G. (2001). Régimen General De Las Obligaciones. Editorial Temis.
- Ospina, F (2008). Régimen General de las obligaciones. 8ª Ed. Editorial Temis.
- Parra, A., Jáuregui, M. y González, I. (2015). La inversión de la carga de la prueba en Colombia y el debido proceso del demandado. Hipótesis libre (12). Recuperado de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/155>
- Parra, J. (2009). Manual de derecho probatorio. *La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso administrativo y en el derecho comparado*. 17ª Ed. Librería ediciones del profesional LTDA.
- Peirano, J. (2004). La responsabilidad extracontractual. Temis.
- Perico, J. (2017). Iniciativa Probatoria del Juez en el Proceso Civil Colombiano para el Cumplimiento del Derecho Sustancial. Global Iure - Vol. 5. Disponible en: <https://revista.jdc.edu.co/index.php/giure/article/view/366>
- Pérez, J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad-. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia.
- Peyrano. J. (2017). Las Cargas Probatorias Dinámicas, Hoy. Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación, Año 19, N°. 1, 5-8. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5850180>

- Picó, J (1997). El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso español. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, p. 527 - 565
- Piquer, J. (2006). La carga de la prueba en la jurisprudencia romana. Editorial Edisofer S.L. libros jurídicos.
- Piquer, J. (2017). La justicia en la edad media: la pervivencia de los principios inquisitivos y de libre aportación de prueba. Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III, 1(5). 261-299. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=564767325012>
- Posada, J. (2020). La asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes ¿Incumplimiento de una carga o de un deber?. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia.
- Priori, G. (2016). Argumentación jurídica y la motivación de las resoluciones judiciales. Palestra.
- Prütting, H. (2010). carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. universidad de talca.
- Prütting, H. (2010). Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. Revista Ius et Praxis, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 453 – 464.
- Rocha, A (1990). De la prueba en derecho. *Clásicos jurídicos colombiano*. Editorial Biblioteca Jurídica Dike.
- Rodríguez, G. (1983). Derecho probatorio colombiano: compendio--pruebas civiles, penales, laborales, contencioso-administrativas. Ediciones Librería del Profesional.
- Rodríguez, G. (1970). Pruebas penales colombianas, Volumen 1. Editorial Temis
- Ramírez, D. y Meroi, A. (2020). La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia.
- Rengel, A. 1994. Tratado De Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo I. Editorial Arte.

- Romero, A. (2018). distribución de la carga probatoria y cargas probatorias dinámicas. Seminario jurídico.
- Rusconi, E. (2010). La inversión de la carga de la prueba en materia de lavado de dinero. Biblioteca jurídica virtual, Universidad UNAM.
- Rojas, M. (2004). Teoría del proceso. Ed. 2. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, C. (2003). Nociones y destrezas básicas sobre el análisis de datos. Universidad de granada. Recuperado en: https://www.ugr.es/~ugr_unt/Material%20M%F3dulo%201/Nociones%20y%20destrezas%20b%20E1sicas%20sobre%20el%20análisis%20de%20datos%20cualitativos.pdf
- Rosenberg, L. (1956). La carga de la prueba. Ediciones Jurídicas Europa.
- Ruiz, L. (2019). La prueba como derecho en el código general del proceso. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Ruiz, L. (2017). El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el código general del proceso colombiano. Tesis doctoral. Universitat Rovira I Virgili. Tarragona.
- Ruiz, L. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. Universidad de Antioquia.
- Sánchez, P. (2007). La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual. Editorial Granada.
- Sánchez, P. (2013). La carga de la prueba en el estado social de derecho. Revista academia y derecho. Universidad libre de Colombia.
- Silva, M. (1963). La prueba procesal: Teoría general. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Stein, F. (1999). El conocimiento privado del juez. Editorial Temis
- Sumaria, O. (2016). La carga de la prueba: carga de alegación, carga de producción, carga de persuasión. Repositorio académico. Universidad San Martin de Porres.

- Tamayo, J. (2007). Tratado de responsabilidad civil. Legis
- Taruffo, M. (2002). La prueba de los hechos. Madrid, España. Trotta.
- Taruffo, M. (2006). La motivación de la sentencia civil. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//archivos_libros/La%20motivo%20de%20la%20sentencia%20civil.pdf
- Taruffo, M. (2008) La Prueba, Artículos y Conferencias. Monografías Jurídicas Universitas Editorial Metropolitana. <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>
- Taruffo, M. (2012). Proceso y Decisión Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497689380.pdf>
- Taruffo, M. (2017). Onere della prova. Diritto on line. Recuperado en: https://www.treccani.it/enciclopedia/onere-della-prova-dir-proc-civ_%28Diritto-online%29/
- Taruffo, M (2018). La verdad y prueba dentro del proceso. Tomado de Teoría de la Prueba. Edición especial. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, p. 11 - 36
- Von Thur. A. (1934). Tratado de las obligaciones. Tomo I. Reus S.A.
- Torres, M. (2016). La carga dinámica de la prueba, medios probatorios extemporáneos y conducta procesal en los procesos de familia. Gaceta Civil & Procesal Civil. Valentin, G. (2014). la prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba. Revista de Derecho. Universidad Católica del Uruguay.
- Vallespín, D. (2015). la carga de la prueba en el proceso civil, una oportunidad perdida con motivo de la reforma del código procesal civil chileno. Revista Internacional Consinter de Direito. Gaia/Porto. <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-i-volume-i/parte-3-direito-privado/la-carga-de-la-prueba-en-el-proceso-civil-una-oportunidad-perdida-con-motivo-de-la-reforma-del-codigo-procesal-civil-chileno/>
- Vargas, C. (2021) Derechos de daños actual. Grupo editorial Ibáñez.

Woolcott, O., Monje, D., Peláez, R., Comandé, G. & Morales, R. (2018). Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil y su aplicación en la jurisprudencia colombiana. La modernización de las instituciones del derecho civil (pp. 51-75). Bogotá: Editorial Universidad Católica