

los menores de edad. Una vez lleguen a la mayoría de edad, o antes, si han pasado los diez años, el término de prescripción extintiva se empieza a contar, y a partir de su cómputo,

hay que esperar cinco años de inactividad del titular de ese derecho, ya que cada cuota prescribe, con base en el artículo 2536 del Código Civil, en un término de cinco años.



GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio, Reformas introducidas a algunos trámites y procedimientos en materia de familia por el Código General del Proceso, Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín 2003, páginas 215 a 261.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo II, Parte Especial, octava edición, Editorial Dupré Editores, Bogotá, D. C., 2004.

MEDINA PABÓN, Juan Enrique, Derecho Civil-Derecho de Familia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, D. C., 2008.

JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional, sentencia T-685/14, 11 de septiembre de 2014, m. p. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente T-4362024.

Corte Constitucional, sentencia C-388 de 2000, expediente D-2588, m. p. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C-1195/2001, magistrados ponentes: Dr. p. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia C-664/06, m. p. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia T-557 de 2002, m. p. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-664 de 2006, m. p. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia C-258/12, m. p. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-10341.

Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 17 de noviembre de 1999, Exp. 76246, reiterada en los fallos de 10 de octubre de 2012, Exp. 00104-01, y de 6 de agosto de 2013, Exp. 2013-0271-01.

Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia STC10699 de 12 de agosto de 2015, m. p. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

LEGALES

Constitución Política Nacional.

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario de Impuestos).

Decreto 2737 de 1989 (Código el Menor).

Ley 640 de 2001.

Ley 791 de 2002.

Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

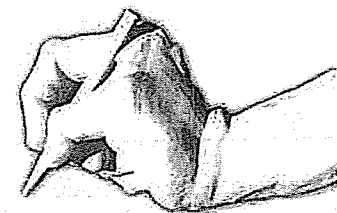
Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

Ley 1579 de 2012.

Perspectiva histórica y crítica de la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso

Nelson Enrique Rueda Rodríguez*

Introducción



La carga dinámica de la prueba en Colombia como excepción a la carga tradicional de la prueba, nació a través de un desarrollo jurisprudencial especialmente del Consejo de Estado, abordando entre otros, el tema de la responsabilidad médica¹, denotándose como el desplazamiento judicial del "*onus probandi*" en casos específicos y observando las circunstancias y cualidades de cada proceso, para recaer en quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de producir y aportar la prueba.

Ahora toma vida legal a través del Código General del Proceso, intentando unificar criterios y permitiendo al juez dinamizar el esfuerzo probatorio ya no como inaplicación de la regla general por criterios subjetivos, sino intentando plasmar una regulación que se ha calificado como amplia y acorde a las necesidades de la teoría misma y del ejercicio jurisdiccional.

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Seccional de Bogotá.

¹ Por ser éste el que origina y es el principal nicho de aplicación de la teoría.

¹ Por ser éste el que origina y es el principal nicho de aplicación de la teoría.

El tratamiento de la carga de la prueba y más aún de la carga dinámica de la prueba, se encuentra íntimamente ligado con el derecho a la prueba, el cual, se podría afirmar, es un derecho fundamental establecido en el artículo 29 de nuestra Carta Política. No obstante, se trata de un derecho o garantía que no puede desconocer la búsqueda de la verdad y la solidaridad que deben tener las partes con la administración de justicia², pero que tampoco puede pretermitir el derecho a la defensa, de quien en principio no estaría obligado a probar³. Por tanto, al entrar en tensión o conflicto estos dos extremos, se debe buscar un equilibrio y un justo término medio entre los dos.

Por ello es magna la trascendencia de la aplicación de "la cargas probatorias dinámicas" y su repercusión en la legalidad y seguridad jurídicas de las partes, pues permitir la utilización por parte del juez sin reglas objetivas, medios de impugnación y momentos precisos, puede terminar desdibujando la institución procesal.

Conscientes de la trascendencia del tema, en el presente artículo revisaremos lo más cuidadosamente posible, los conceptos tradicionales del sistema procesal dispositivo, carga procesal, carga de la prueba y carga dinámica de la prueba, para luego contrastar y reseñar su evolución jurisprudencial y, finalmente, verificar y analizar si tales precedentes fueron desarrollados a cabalidad en la disposición legal del artículo

167 del CGP. A partir de ese esfuerzo se intentará indicar algunos aspectos críticos o problemas prácticos que creemos podría generar su aplicación. Es esta una norma que estamos estrenando con el C.G.P. por lo cual resulta todavía prematuro juzgar sobre los alcances efectivos del nuevo sistema incorporado legalmente.

En el marco de la metodología, se estudió la aplicación de la carga dinámica de la prueba desde un punto de vista jurisprudencial del Consejo de Estado y Corte suprema de Justicia, partiendo como tema principal el de la responsabilidad médica⁴, así como breves reseñas de su aplicación en otros temas⁵, para luego verificar la adaptación de la norma del Código General del Proceso con los precedentes judiciales ya existentes, y así poder proponer una solución equilibrada que complementa la codificación establecida en el Código General del Proceso, a efectos de salvaguardar de mejor manera la cobertura de la norma y mejor aún el desarrollo de principios y valores básicos del proceso en general.

La carga de la prueba

Antes de abordar el tema y solo a modo de fácil introducción en el mismo, de manera práctica planteemos el siguiente interrogante:

Sin importar el roll profesional en el que actuemos imaginemos los siguientes hechos: La señora María fallece en una cirugía de corazón abierto a la cual debió ser sometida luego de que tuviese una caída en las escaleras de su casa. Los familiares desconsolados

² Máxime si el proceso es visto como un método de investigación.

³ La carga dinámica de la prueba, genera en últimas la obligación de las partes de probar hechos que en principio no estaría obligado a hacerlo y permite en nuestro concepto, desatar consecuencias procesales de su conducta al desconocer la orden judicial a través de la cual dinamiza el onus probandi.

⁴ Por ser éste el que origina y es el principal nicho de aplicación de la teoría.

⁵ Penal y laboral.

demandan al galeno y a la institución médica atribuyendo la causa de la muerte de su pariente a un error médico. Las preguntas que podríamos hacernos en el ámbito judicial en el eventual proceso de responsabilidad civil serían: 1. ¿Qué hechos deben probarse? ¿Quién debe probar, la familia de la occisa o el médico tratante? ¿Ambos? ¿Ninguno? ¿Qué pasa si quien debía probar no puede hacerlo? ¿Si no se acreditan los hechos base como debe fallar el juez? ¿Puede el juez pedir prueba a las partes? ¿Con que fin lo haría? ¿En qué casos lo haría? ¿Puede el juez pedir prueba a quien no quiso probar? ¿Cuál es el momento para requerir oficiosamente tales pruebas? ¿Las decisiones probatorias serían objeto de recursos?

Todos estos interrogantes teóricamente hablando, serán resueltos con claridad jurídica a través del análisis de las principales instituciones del derecho probatorio, más específicamente con el tema central de nuestra disertación, la carga dinámica de la prueba a voces del artículo 167 del CGP, pero mejor aún desde una perspectiva histórica y crítica de la misma.

La carga de la prueba y quien debe soportarla

El interrogante ¿quién debe probar? ha sido ampliamente tratado por los teóricos de la prueba judicial, y conscientes de la amplitud del tema, simplemente nos ocuparemos de algunos aspectos, como el siguiente: Es claro que al juez le está prohibido abstenerse de fallar, mediante la utilización de un "Non liquet" –como decían los romanos– por encontrar huérfano de pruebas el caso judicial en cuestión. Esa la razón para que de vieja data, se abolieran las denominadas sentencias inhibitorias, que en otrora se utilizaban

para no definir el conflicto de fondo por encontrar que no existía material probatorio suficiente que arrojará una verdad procesal.

El objetivo principal de los procesos judiciales es el conocimiento de la verdad⁶ a través de la utilización de diferentes herramientas⁷ que logran transportar los hechos al expediente judicial; pero ante la imposibilidad, se insiste, de abstenerse de fallar, es claro que la principal pregunta que ha surgido es ¿Quién es el llamado a producir la prueba?, ¿A quién corresponde probar?⁸, de allí se ha dicho entonces que el juez debe observar en cada caso, quien debía probar y que hechos debía probar, y entrar a sancionar entonces al litigante negligente que no lo hizo, con el llamado sucedáneo⁹ de prueba.

Por tanto para el juez surge una regla de juicio, es decir valorativa en contra de quien no quiso o no pudo probar y debe entonces fallar en su contra, es decir sucede o reemplaza la prueba por una decisión adversa a quien debió convencerlo objetivamente de sus hechos.

Sabiendo el resultado de la decisión probatoria la pregunta que surge es, si tiene efecto jurídico tan grave el no probar, obtener sentido adverso en el fallo, ¿en el ámbito del proceso judicial, las partes tienen la obligación, el

⁶ Hoy visto desde el punto de convencer al juez de la mejor versión de verdad procesal.

⁷ Medios de prueba.

⁸ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, Decima Segunda Edición 2002, Editorial ABC, pág. 184.

⁹ Entendido clásicamente como las presunciones o efectos jurídicos que la ley prevé ante el silencio o la falta de prueba frente a algunos hechos en ella referida (ej. confesión ante el silencio de la parte), y hoy modernamente también entendida como aspecto que complementa y da sentido a la carga de la prueba cuando no es cumplida y el juez debe castigarla fallando en contra de quien debía probar.

deber o la carga de probar?, adentrándonos en el tema es fácil su dilucidación y para ello habremos de observar de qué se trata cada una de estas figuras.

Los deberes, obligaciones y cargas aparecen en todos los campos del orden jurídico. Pero en el proceso esas tres formas de imperativos jurídicos se presentan con caracteres bien acentuados y visibles.¹⁰ Deberes son aquellos instituidos en interés de la comunidad; obligaciones, aquellos instituidos en interés de un acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés.

DEBERES PROCESALES: Son conductas que deben observar todos los sujetos procesales dentro del proceso, su inobservancia puede generar sanciones jurídicas y también pecuniarias; pueden ser exigidos por cualquier sujeto procesal; además pueden generar otro tipo de acciones como penales, disciplinarias. Por ejemplo: Dictar por parte del juez las providencias dentro del término".

La Corte Constitucional¹¹ ha expresado que los deberes constitucionales son aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal. Son deberes procesales aquellos imperativos estatuidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al juez (artículo 37 C. de P.C.), otras a las partes y sus apoderados, y aun a los terceros (artículo 71 C. de P.C.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien

sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (artículo 39, 72 y 73 C. de P.C., Decreto 196 de 1971 y Ley 1123 de 2007). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público y orden público, y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, en términos del artículo 6º del Código.

OBLIGACIONES PROCESALES: Son obligaciones procesales, aquellas prestaciones de dar, hacer o no hacer, impuestas a las partes con ocasión del proceso, la más acentuada de las obligaciones procesales es la que surge de la condena de costas. Existen, también, obligaciones procesales derivadas de los actos dispositivos, tales como el allanamiento a la demanda o el desistimiento.

CARGA PROCESAL: Puede definirse inicialmente como carga "La palabra carga proviene del verbo cargar que es un sustantivo femenino que expresa acción o efecto de colocar o echar peso sobre una persona; imponer a las personas un gravamen u obligación."¹²

Ahora bien, procesalmente hablando, puede definirse como una situación jurídica instituida legalmente, consistente en el requerimiento de conductas facultativas establecidas en interés de la propia parte, y cuya omisión puede o no traerle un efecto jurídico adverso. Para autores como Cabrera "La relación jurídico procesal impone a las partes determinadas conductas en desarrollo y con ocasión del proceso, cuya inobservancia les acarrea pérdida de oportunidades, como la de probar, recurrir, alegar".¹³ Para Peyrano

insinué creador de la versión dinámica del concepto de carga de la prueba, es "Es el imperativo del propio interés (por ende de naturaleza incoercible) impuesto a una parte, cuyo cumplimiento puede, eventualmente traducirse en una ventaja procesal. La carga procesal se singulariza por contribuir a la integración y desarrollo del proceso, y en especial, sobre su vertiente más rica, cual es el de la carga de la prueba."¹⁴

CARGA DE LA PRUEBA. Es una "noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados, y que además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos"¹⁵.

Es decir la aportación de las pruebas corresponde al actor o al denunciante basándose en los siguientes criterios: Quien enuncia el hecho como acto de parte debe probarlo. De ahí que:

a) *"Es un problema de auto-responsabilidad (El concepto de autorresponsabilidad es utilizado para establecer que no existe ninguna entidad o sujeto que tenga la obligación o el deber de iniciar esta actuación).*

b) *Se debe permitir la libre autodeterminación.*

c) *Corresponde al ejercicio de una facultad.*

d) *Por ser un arbitrio es el único medio de llegar al fin".¹⁶*

El concepto de la carga de la prueba ha venido evolucionando con el derecho procesal, pues ha sido amplio el debate de su naturaleza jurídica, no siendo el momento para ahondar en ello, simplemente recordaremos las definiciones que para nuestro fin son más acertadas¹⁷, según **Eduardo J. Couture**: "la carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos denunciados por ellos... la carga de la prueba no supone,

¹⁶ Ver: pág. 62, Carga de la Prueba Subjetiva o Formal. DAVID GARCIA VANEGAS, Lecciones de derecho probatorio, Biblioteca Universidad libre, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez LTD 2002.

Tesis según la cual la carga es una categoría de obligación (Zitelman, Ascarelli, Bruck).

Tesis que considera la carga como un vínculo jurídico impuesto para la protección del interés público. (Michelli).

Tesis que define la carga como un deber libre. (Brunetti)

Tesis que radica la noción de carga en la titularidad del interés que existe en su observancia.

Tesis que diferencia la carga de la obligación, y que, no obstante, la coloca en el grupo de las relaciones jurídicas pasivas, como acto jurídicamente necesario, pero en interés propio, cuya inejecución, siendo lícita, acarrea sanción económica. (Carnelutti).

Tesis que distingue la carga de la obligación y el diferente interés que en ellas radica, le da mayor realce a la libertad del sujeto de la primera, pero le asigna el carácter de imperativo del propio interés (Couture y Eisner).

Tesis que considera la carga como una facultad o poder de obrar libremente en beneficio propio, siendo lícito abstenerse de hacerlo y, por lo tanto, sin que haya coacción ni sanción, y sin que exista un derecho de otro a exigir su observancia (Michell, Rosenberg).

¹⁰ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 209.

¹¹ SC -1512 de 2000, Corte Constitucional.

¹² Diccionario de la Lengua Española-Vigésima Segunda Edición.

¹³ CABRERA, Acosta Benigno H. Teoría General del Proceso y De La Prueba.

¹⁴ Peyrano Jorge, en Carga de la prueba. Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor posibilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios. En la prueba en el proceso judicial. Oteiza Eduardo. Rubinzal - Culzoni Editores. 2009, pág. 211.

¹⁵ Ver: pág. 194, Capítulo X, Carga de la prueba. Manual de Derecho Probatorio. Decima Segunda Edición 2002, Editorial ABC.

pues ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante, es una circunstancia de riesgo que consiste en quien no pruebe los hechos que ha de probar pierde el pleito". Para Eugenio Florián: "la carga de la prueba consiste en la obligación que se impone a un sujeto procesal de ofrecer prueba de lo que afirma, y sin la cual la afirmación queda privada de toda eficacia y valor jurídico".

Según **Sentis Melendo**: "la carga de la prueba son reglas de juicio, pero que solo pueden ser empleadas por el juzgador cuando con los medios que tiene a su disposición no puede conocer la realidad de los hechos a resolver." La definición más práctica la entrega en el ámbito nacional Tirado Hernández "Es la facultad discrecional o acto voluntario de proponer y pedir pruebas y de intervenir en su práctica, para acreditar ante un funcionario judicial el supuesto de hecho en que se ampara la norma jurídica aplicable a la investigación o al proceso, quedando ella satisfecha en la medida en que el juez, como destinatario procesal de la prueba, se convenza en el sentido de interés para la persona que pretende una decisión favorable"¹⁸.

Así las cosas y recapitulando, es claro que existe Constitucionalmente un derecho a la prueba, pero que tal derecho es facultativo en su ejercicio y abarca la posibilidad tanto de aportar prueba para demostrar los supuestos de hecho que la norma enlista, la de solicitar prueba para que sea practicada, la de solicitar pruebas que no se encuentran en poder del solicitante y la de la participar en la práctica de las mismas; todo con el fin

último de satisfacer la denominada carga de la prueba en cada caso específico, pero que en ultimas, y por ahora afirmaremos, éstas actividades probatorias "siempre" son facultativas en miras a una autoresponsabilidad y en pro de los intereses de las partes y que por lo menos en materias no penales¹⁹, el probar es una verdadera carga mas no una obligación ni un deber.

Funciones y distribución de la carga de la prueba

La carga de la prueba tiene dos funciones básicas: la primera de ellas es la función de la regla del juicio y la segunda la función de distribución de los hechos que se han de probar.

Función de la regla de juicio: ayuda al juez a formarse un juicio afirmativo o negativo sobre la pretensión deprecada, cuando al decidir no hay certeza respecto de los hechos alegados, socorre por tanto al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de un hecho importante, como lo habíamos

¹⁹ Es importante precisar que no podemos hablar de la carga de la prueba por varias razones:

- I. En el proceso penal no existen partes que defienden intereses privados, por cuanto el fiscal es un sujeto procesal de interés público.
- II. El interés privado solo atañe a su titular, mientras que el público es general, por ejercitarse en beneficio de la sociedad.
- III. El interés privado, por afectar a un sujeto en particular, exige que se efectúe las gestiones tendientes a obtener reconocimiento o efectividad, so pena que la decisión le sea adversa; el interés público, en cambio, por no referirse a un individuo determinado, no persigue evitar perjuicio alguno, sino la realización del objeto del proceso penal, consagrado en el artículo 249, por lo cual constituye un deber asignado a un funcionario." Subrayado propio.
- IV. AZULA CAMACHO, Jaime, Manual de Derecho Probatorio, Editorial Temis S.A., Santafé de Bogotá - Colombia 1998.

mencionado, fallando adversamente a quien soportaba la carga de probar y no lo hizo.

La función de distribución de los hechos a probar: Las reglas de la carga de la prueba informa a las partes, qué hechos ha de probar cada una de ellas con el fin de evitar el efecto anterior. Así debe ser, por cuanto las partes deben saber de antemano quien tiene la carga de probar y qué hechos son determinantes dentro de su litigio, si el juez al valorar la prueba logra certeza para decidir no aplica la regla de juicio.

Existen varias teorías que distribuyen la carga de la prueba, muchas de ellas se basan en la posición de las partes o simplemente en la calidad o condición del hecho a probar²⁰. En nuestra legislación solamente tuvieron acogida dos de ellas, la de la naturaleza constitutiva, extintiva o modificativa de los hechos, la cual ha sido criticada por cuanto, se refiere exclusivamente a las obligaciones, omite la modificación que puede referirse

a cualquiera de las partes según sea quien la invoque y no hace precisión respecto de las circunstancias que impiden que el acto produzca sus correspondientes efectos.

Posteriormente adoptamos o complementamos con la vigente teoría que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación solicita. La cual es la consagrada en el anterior artículo 177, inciso 1 del CPC, al preceptuar que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" y replicado hoy en el artículo 167 inciso primero del CGP.

Según este criterio, se considera que toda norma o precepto positivo tiene dos aspectos: uno de hecho, que constituye la premisa, otro consecuencial, de derecho, que se desprende o fundamenta en aquel o es su efecto jurídico y el cual pregonan las partes por vía de pretensión o excepción. Teoría que ha sido analizada como absoluta y en la cual no se tiene en cuenta la posibilidad de que las partes pueden no encontrarse en condiciones para suministrar la prueba.

Con lo ya avanzado es claro que, la carga de la prueba ha sido ampliamente debatida y que en ultimas conlleva un su estructuración un amplio componente de autoresponsabilidad o de obrar en interés propio, lo que denota de contera un margen de individualismo o dispositivismo de nuestros derechos, pues en la medida en que seamos diligentes en nuestro actuar probatorio, obtendremos o no una sentencia a favor. Sin embargo contrasta esta vista con lo hoy observado a través de la prueba oficiosa, el dinamismo de la carga probatoria, del hecho de que el juez busca la verdad y tiene un papel protagónico y de verdadero investigador dentro del actual proceso.

²⁰ Tesis que impone al actor la carga de probar, pero le da este carácter al demandado que excepciona.
Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega.
Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se fundan las pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones.
Teoría de la normal y de lo anormal.
Teoría que impone la carga de la prueba a quien pretende innovar.
Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva de los hechos, o, por el contrario, extintiva o impeditiva de éstos.
Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable.
Teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico solicitado.
Teoría De La Naturaleza Constitutiva, Extintiva O Modificativa De Los Hechos.
Tesis que impone probar a quien hace una negación definida.
Tesis que impone probar el hecho indicador en las presunciones.

¹⁸ TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales. Ediciones Doctrina y Ley.

Es así cómo se pasa de una visión privada y de juegos de intereses y estrategias en el proceso, a una versión pública, de búsqueda de la verdad, y de método de investigación, de lealtad y de solidaridad, caracteres estos que fundamentan filosófica y constitucionalmente el dinamismo probatorio, a ellos nos acercaremos más adelante, revisando rápidamente el tema de cómo se ha visto el proceso históricamente, desde los sistemas procesales y sus estructuras básicas.

La carga dinámica de la prueba

ANTECEDENTES. Aunque no es un tema pacífico ni fácil doctrinariamente hablando, es claro que en la actualidad nos encontramos en el marco de un proceso con la mirada que caracterizó la configuración de los códigos desde el liberalismo clásico hasta bien entrado el siglo XX, bajo una concepción privatista e individualista de los fines del proceso, de allí el diseño de un sistema procesal con esa denominación, dispositivo²¹, caracterizándose porque las partes en defensa de su derecho deben desplegar toda la actividad probatoria para demostrar el supuesto fáctico de la norma de la que pretenden se declare el efecto jurídico, y por ello existe una especie de autorresponsabilidad.

Por ello, se diseñan las denominadas cargas procesales, según las cuales estas atañen o

son exclusivas de las denominadas partes, son además, conductas que las partes deben satisfacer en pro de sus propios intereses y en las cuales en caso de ser omitidas, voluntaria y anticipadamente asumen el efecto jurídico adverso que estas generen y, por último, no implican una sanción disciplinaria o coercitiva por ningún sujeto procesal.

La principal carga procesal en la actuación judicial es por antonomasia la de la prueba, en la forma y con las características que observamos en líneas anteriores, pero es verdad de a puño, que el juez hoy tiene papel protagónico a la hora no solo de valorar la prueba, sino en el momento de su decreto y su práctica y la forma en cómo su rol de director del proceso exige hoy un papel protagónico y activo.

Así nos hemos adentrado a un sistema mixto en el cual se combinan las particularidades de una disposición voluntaria de derechos y de cargas procesales, con una visión solidaria y de búsqueda de la verdad, que exigen hoy un juez neutral pero activo probatoriamente hablando hasta el punto tal, que se pregona que el juez debe buscar hasta antes del fallo la primacía de la verdad, la igualdad, y del derecho sustancial; para ello es claro que tiene un deber funcional y legal²², y luego del obligatorio decreto oficioso (entendido este como lo necesario para llegar a su convicción o por facilidad técnica o material de la prueba)²³ y su práctica, si podrá entrar a decidir y dentro de esta última actividad castigar al litigante que no cumplió pudiendo hacerlo, con la carga de acreditación.

²² Artículo 37 código de procedimiento civil y 42 del código general del proceso.

²³ Carga dinámica de la prueba.

Se ha llegado a señalar incluso que, *"La labor del juez no puede contraerse, como en veces desventuradamente acontece, a una actitud pasiva o de mero espectador, así su actuación, prima facie este formalmente en consonancia con lo dispuesto en una determinada norma. No, de conformidad con las disposiciones legales (arts. 2, 37, 38 y 179 del CPC, entre varias), aunadas al mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CP), las autoridades judiciales deben en cada caso y de acuerdo a las circunstancias pertinentes, hacer uso de las facultades consagradas por el código de procedimiento civil -y demás disposiciones concordantes y aplicables- para lograr, no solo el impulso del proceso sino la comprobación de los supuestos fácticos dentro del mismo, para lo cual gozan, entre otras alternativas, de la posibilidad de decretar pruebas de oficio"*.²⁴

Por evolución social y de justicia material²⁵, el proceso ha querido evolucionar y combinar o complementar este carácter dispositivo, con características del anterior sistema inquisitivo²⁶ en donde predominaban las facultades oficiosas del juez entre ellas las de decreto

oficioso de la prueba, el traslado de la carga de la prueba, mayores poderes y facultades al juez y congruencia menos restringida.

Por ello, se habló entonces de un juez activista y director del proceso, unas partes y sujetos procesales que más que actuar de manera cautelosa y escondida esperando triunfar ante la imposibilidad probatoria de su contraparte, deban colaborar y ser leales ante la administración de justicia y adicionalmente generar condiciones de igualdad y prevalencia del derecho sustancial.

Así, dentro de nuestro ordenamiento por vía jurisprudencial desde el año 1990²⁷ se introduce por vía de precedente jurisprudencial tal concepción y poder del juez quien en cada caso debe valorar esa dificultad, imposibilidad o facilidad probatoria de las partes y poder exigir de ellas material o evidencia demostrativa a efectos de desarrollar el valor de justicia en debida forma y en cada actuación. Y luego si es del caso, de no acatarse tales órdenes probatorias a quien en principio no estaba en obligación de probar, valorar su conducta procesal omisiva en su contra,

²¹ "[E]l sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento y se caracteriza por los siguientes principios: (i) el juez no puede iniciar de oficio (*nemo iure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt concedes nihil ob iudicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida e la demanda (*en eat ultra petita partium*).

²⁷ Consejo de Estado, sentencia del 08 de Mayo de 1997. Consejo de Estado, sentencia de fecha 24 de Octubre de 1990. Consejo de Estado sentencia de fecha 30 de Julio de 1992. Consejo de Estado, sentencia del 24 de Agosto de 1992. Consejo de Estado, sentencia del 10 de febrero de 2000. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en fallo del 30 de Enero de 2001 del Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez. Consejo de Estado sentencia del 22 de marzo de 2001 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 13 de Septiembre de 2002, Expediente 6199. Consejo de Estado sentencia del 31 de Agosto de 2006. Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia sentencia de fecha 22 de Julio de 2010 correspondiente al expediente 2000-00042-01. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 17 de Noviembre de 2011, Magistrado ponente William Namen Vargas:

o si son cumplidas tales órdenes, valorar ahora un mayor acervo probatorio y fallar de manera más objetiva y justa.

Este diseño procesal encontró total respaldo en la Constitución de 1991, que consagró un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como lo advierte la sentencia SC 816 DE 2016:

"La aspiración última del pueblo de alcanzar un marco que garantizara un 'orden justo'²⁸, la consagración de la administración de justicia como una función pública esencial²⁹ y como un derecho fundamental de cada persona³⁰, así como la prevalencia del derecho sustancial³¹, significaron en su conjunto un fortalecimiento de la función judicial y un compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material"³².

... La nueva Carta Política robusteció la misión del juez como garante del acceso efectivo a la administración de justicia y de la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos. Es así como se demandan de él altas dosis de sensibilidad y una actitud diligente para corregir las asimetrías entre las partes, asegurar los derechos fundamentales, entre otros el derecho a la tutela judicial efectiva, y, en últimas, la vigencia de un orden justo."

²⁸ Carta Política 1991, preámbulo.

²⁹ Carta Política 1991, art. 228. Ver también Ley estatutaria de justicia (Ley 270 de 1996), art. 125.

³⁰ Carta Política 1991, art. 229.

³¹ Carta Política 1991, art. 228.

³² Corte Constitucional, Sentencia SU-768 de 2014.

En este orden de ideas, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, *"la mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes –principio dispositivo– y el poder oficioso del juez –principio inquisitivo–, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso"*³³.

CASOS DIFÍCILES. Al pregonarse el abandono de la concepción netamente dispositiva del proceso, adicionalmente empezaron a analizarse críticamente hablando, cómo en algunos casos se estaba ejerciendo una administración de justicia formal mas no material, ello en el entendido de que de manera drástica se aplicaba entonces la regla de la carga de la prueba y el sucedáneo de prueba como consecuencia directa cuando no se lograba solventar la misma, lo que traía el lógico resultado de que al demandante le fuere negada la pretensión, pero visto desde el punto de vista práctico se evidencio que en varios casos³⁴ quien tenía la responsabilidad probatoria, en verdad estaba en desventaja o le era difícil por no decir imposible llegar a demostrar los supuestos de hecho de la norma que invocaba.

Tal dificultad o desigualdad material que surgía entre las partes de un proceso, emanada generalmente de la necesidad de demostrar hechos de carácter o especialización técnica o científica y que dificultaba a quien alegaba un hecho demostrarlo en el proceso,

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2009.

³⁴ Mala praxis médica, simulación, enriquecimiento ilícito, levantamiento del velo societario, derecho de la competencia y del consumidor, desplazamiento forzado, acciones de tutela, acoso laboral, entre otros.

llevo a variar la regla del "onus probandi". Así surge entonces la teoría de las "cargas dinámicas", fundada en los principios de solidaridad, equidad, igualdad, lealtad y buena fe procesal, donde la pregunta con la que iniciamos la disertación en cada proceso de ¿Quién debe probar? Pasa a ser ¿quién puede y debe probar?

Por ello desde el ámbito académico pero más aún desde la intervención judicial, se generan posiciones y argumentaciones importantes que conducen a restablecer la igualdad y más allá una la igualdad probatoria en el proceso judicial, evidenciándose así con mayor énfasis al fallarse procesos relacionados con la mala praxis médica.

El principal impulsor de la necesidad de dinamizar o aligerar la carga demostrativa de quien está en desigualdad de condiciones fácticas, fue el Argentino Jorge Peyrano quien manifestaba:

"Ciertamente es que la susodicha [doctrina de las cargas probatorias dinámicas] nació como un paliativo para aligerar la improbable tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían caer sin miramientos, sobre las espaldas de algunas de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba (...). Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró, verbigracia, que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior del quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba

*equivalente a negarle toda chance de éxito"*³⁵.

Para él mismo autor *"la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada en los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas"*³⁶.

FUNDAMENTACIÓN. Se ha sostenido que el juez podía por vía de excepción de inconstitucionalidad apartarse de la regla general de la carga de la prueba, inaplicarla o mejor flexibilizarla, en miras a desarrollar en cada actuación los principios de justicia, igualdad, solidaridad y lealtad procesal.

Justicia e igualdad: Por cuanto si una de las partes tiene una mejor posición probatoria en el proceso en cuanto a disponibilidad y facilidad, el dinamismo busca equilibrar esta situación y hacer que en búsqueda de la verdad y para obtener decisiones más justas, se solicite material probatorio a quien en principio no está en obligación de acreditar hechos. **Solidaridad** por cuanto todo ciudadano y sin excepción alguna, por mandato constitucional debemos colaborar con la administración de justicia y ello implica aportar evidencia demostrativa. **Lealtad**

³⁵ Peyrano Jorge, Carga de la Prueba. Conceptos clásicos y actuales. En: "Revista de Derecho Privado y Comunitario, núm. 13. Santa Fe, Rubinzal, 1997.

³⁶ Peyrano Jorge, fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, 1996 pag 1027.

procesal, porque además de ser un deber para las partes en el ámbito judicial, el esclarecimiento de la verdad y una solución justa, no pueden ser obstaculizadas por una de las partes, que de manera soterrada quiera guardar u ocultar pruebas que pueden ser trascendentales para la decisión.

Claramente lo ilustra el redactor del código general del proceso, que no hace más que incorporar dicha teoría ahora legislativamente a nuestro ámbito jurídico: *"Nuestra Constitución consagra en el artículo 29 Superior, el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas. El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y esta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho".*³⁷

³⁷ Gaceta del Congreso 119 de 2011. Exposición de motivos al proyecto de ley 196 de 2011 Cámara, "por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones".

Ahora bien, es claro que los postulados constitucionales, jurisprudenciales y ahora legales, no rompen con el sistema dispositivo mixto ya referenciado, ni que introducen una permisión negligente probatoriamente a quien afirma hechos, no, la complementa, se busca es reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino de que de acuerdo con las circunstancias de cada caso, ver quien se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo.

Es decir en la carga dinámica de la prueba, no hay un desplazamiento total de la carga de la prueba y su titular sigue con tal responsabilidad, lo que sucede es que el juez en cada caso y analizando circunstancias de dificultad o imposibilidad, sin restar su necesaria actividad probatoria, le pone en igualdad de condiciones y le ayuda a suplir tal responsabilidad distribuyendo parcialmente la carga y solicitando la demostración de hechos a quien en principio no estaba obligado a probar. Por ello se trata no de una regla general sino de una verdadera excepción a la carga general de la prueba que en cada caso y según especiales circunstancias permitan ordenes probatorias del juez.

*"... la aplicación de la teoría es excepcional, porque los mismos supuestos facticos en los que opera son excepcionales. La regla general es la postura individualista, la excepción es el dinamismo para evitar la "la probatio diabólica, es decir, el aporte de un elemento que, por las peculiaridades del caso, le será a la parte de imposible producción".*³⁸

³⁸ Giacometto Ferrer Ana, teoría general de la prueba, editorial Dike, 2013, pág., 255. Quien cita adicional y parcialmente a

Por ello anticipamos, el artículo 167 del CGP en su primer inciso conserva la que es regla general, carga de la prueba a quien debe en cada caso acreditar los supuestos de hecho que afirma³⁹ y en los incisos 2 y 3 como excepción⁴⁰ incorpora los postulados hasta antes jurisprudencialmente tratados de la carga dinámica de la prueba cuando operen en cada caso las circunstancias allí elevadas se pudiese decir como causales⁴¹ que dan lugar a lograr la igualdad de las partes y la solidaridad procesal ya reseñadas.

Pero una vez explicada la fundamentación filosófica y teleológica de la teoría y su excepcional aplicación, antes de adentrarnos al análisis puntual de la disposición legal, es óbice, reseñar aunque sea brevemente el origen y trasegar del dinamismo probatorio en nuestro entorno judicial, pues éste surge desde 1990 y luego de 22 años es legislado y vigente luego de 25 años, es decir no se trata de una innovación codificada, por el contrario tal facultad judicial por vía de precedente jurisprudencial venía siendo aplicada con distintos matices desde hace ya un cuarto de siglo.

Midon Marcelo Sebastián, derecho probatorio parte general, jurídicas Cuyo, 2007, pag 137.

³⁹ Art. 167 CGP "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

⁴⁰ Al redactar a continuación de la regla general "No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas".

⁴¹ "La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares".

Evolución jurisprudencial

Es claro que para poder realizar tal revisión debemos partir del nicho propio de la teoría, cual es el tema de la responsabilidad médica, que aunque no es el único donde aplica⁴², si es el que ha permitido amplios precedentes y desarrollos jurisprudenciales de importante raigambre jurídico, y que son los que precisamente el CGP quiso adaptar, que tan bien o que tan mal lo hizo será el análisis final de nuestra disertación.

EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. Antes de profundizar en el tema, debemos recordar que en los temas de reclamación judicial derivados de la "lex artis" medica, nos encontraremos siempre en un escenario de responsabilidad civil contractual o extracontractual, donde será menester acreditar por parte del demandante el hecho, el daño, el nexo causal y el perjuicio, en cuanto al derecho privado, o la falla del servicio y similares elementos en cuanto los demandados sean sujetos de derecho público en vía contenciosa administrativa.

Respecto de tal responsabilidad ha sostenido la Corte: *"Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum*

⁴² Simulación, enriquecimiento ilícito, levantamiento del velo societario, derecho de la competencia y del consumidor, desplazamiento forzado, acciones de tutela, acoso laboral, entre otros.

si fueren varios los autores, pues el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas”⁴³.

Se considera que la carga probatoria inicialmente fue estática y extremadamente exigente, por lo menos en lo concerniente al nexo causal, máxime si no admitía ninguna atemperación, motivo por el cual correspondía al demandante la obligación de probar la responsabilidad del demandado y si no lograba presentar al juez las pruebas que probaran dicha responsabilidad, se excluía de contera responsabilidad alguna.

Según la teoría de la falla probada en el servicio médico, la carga de la prueba correspondía únicamente al demandante según lo establecido en el artículo 177 del CPC, es decir, se debía aportar las pruebas suficientes y necesarias para acreditar la falla del servicio médico u hospitalario, en que habría incurrido un profesional de la salud o una entidad prestadora del servicio de salud para que fuera declarado responsable, puesto que este servicio era considerado en la mayoría

de las veces como obligación de medio⁴⁴ y por lo tanto no era suficiente demostrar el daño o perjuicio causado como ocurre en las de resultado⁴⁵, para lograr que las pretensiones prosperaran. Hecho que hacía muy difícil que las pretensiones de quien había sufrido un daño prosperaran puesto que estaba en condiciones de inferioridad para probar el daño, quien tenía el conocimiento profesional para hacerlo era el demandado.

Pero con los principios y condiciones vistos en capítulo anterior es claro que se justifica hacer traslados parciales de la responsabilidad para probar ciertos hechos y buscar por vía de excepción inaplicar el entonces vigente artículo 177 del CPC.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES QUE DINAMIZARON LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. A falta de normatividad específica al respecto, en Colombia se han manejado jurisprudencialmente diferentes teorías sobre la carga de la prueba en la responsabilidad médica, la

⁴⁴ Si bien la clasificación de obligaciones de medio y de resultado, no está consagrada en la legislación colombiana, nada impide que pueda efectuarse, como en efecto se ha hecho, por vía jurisprudencial, dado que de ordinario, salvo que se comprometan de manera específica y clara con la consecución de un resultado, su desempeño óptimo se verifica por el despliegue de una debida diligencia y cuidado en la ejecución del trabajo encomendado. Giacometto Ferrer, Ana, Teoría general de la prueba judicial, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, 2003, pág. 130.

⁴⁵ Casos de cirugía plástica estética, obstetricia, obito quirúrgico (elementos dejados en el cuerpo del paciente, sentencia Consejo de Estado de 24 de marzo de 2011), quemaduras con rayos infrarrojos, roturas o fracturas odontológicas, extracción equivocada de órganos, bacterias hospitalarias, teoría de que las cosas hablan por sí solas (el error médico es ostensible y de ellos debe deducirse la responsabilidad), Teoría de la prima facie (prueba de primera impresión, parte del supuesto que la culpa galénica puede colegirse de un criterio de regularidad fáctica, conocido en Alemania como prueba de apariencia el juez falla con lo aprecia a primera vista).

mayoría de ella inspirada en el Consejo de Estado. A continuación presentamos las más representativas y contundentes en el desarrollo de la teoría.

CONSEJO DE ESTADO. La evolución jurisprudencial del Consejo de Estado ha girado en torno a la falla del servicio, esta falla ha sido en nuestro derecho y continúa siéndolo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, al Juez Administrativo le compete por principio una labor de control de la acción administrativa del Estado y si se evidencia irregularidad en el servicio a cargo, no hay duda que es élla el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

Las obligaciones que están a cargo del Estado y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Es por tal razón que en las diferentes sentencias proferidas por el Consejo de Estado la falla del servicio ha estado presente, y podríamos esquematizar así su vigencia:

Desde el nacimiento de la jurisdicción contencioso administrativa el demandante debía probar los elementos de responsabilidad, es decir, falla del servicio o virtual para entonces y con carga de la prueba rígida o clásica; en 1990 se empieza a flexibilizar o dinamizar la carga de la prueba y se acepta por primera vez que es posible que la entidad demandada aporte prueba de su diligencia médica y no siga en una papel de espectador esperando a ver si su demandante logra demostrar el nexo causal⁴⁶ como lo analizaremos a continuación este fallo originario de la teoría exige probar a las dos partes, de un lado los elementos de responsabilidad y del otro sin hablar expresamente de una presunción en contra indica que debe probar los eximentes de responsabilidad como se exige cuando este tipo de presunciones existe.

En 1992⁴⁷ varió de manera totalmente opuesta el criterio y se determinó entonces ya expresamente, la falla presunta o que existía presunción de falla del servicio, por ello al demandante le bastaba probar el hecho y el daño y la entidad pública debía derribar la presunción que en su contra se introducía y por tanto si no acreditaba caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima, debía ser condenada. De 1999⁴⁸ y hasta la fecha, se retorna a la falla probada o del servicio y el demandante debe probar entonces todos los elementos de responsabilidad, pero complementado con carga dinámica de la prueba e incluso prueba de oficio, en los casos y condiciones que observaremos por vía jurisprudencial aunados hoy con la regulación de los incisos 2 y 3 del artículo 167 del CGP.

⁴⁶ Consejo de Estado, sentencia de 24 de octubre de 1990.

⁴⁷ Consejo de Estado, sentencia de 13 de agosto de 1992.

⁴⁸ Consejo de Estado, sentencia de 3 de mayo de 1999.

Revisemos la secuencia:

Consejo de Estado, *sentencia de 24 de octubre de 1990, expediente 5932*. Las dos partes deben probar sobre el nexo causal. Es claro como lo advertimos que por primera vez se dinamiza la carga de la prueba y por vía de excepción se toma el criterio solidarista, imprimiendo al demandado la obligación de probar, ahora bien, el Consejo de Estado para nuestro gusto a diferencia de otras opiniones doctrinarias, de manera directa no introduce en éste fallo la falla presunta, pues deja claro que el accionante debe probar los tres elementos de responsabilidad, y cuando se da este tipo de presunciones ya sea vía judicial o legal, es claro que el demandante le basta probar el hecho y el daño y al demandado probar un eximente de responsabilidad, (no excepciones tendientes a demostrar que no hay responsabilidad pues esta se presume) y por ende no tiene más sino que probar que hay: hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima o caso fortuito o fuerza mayor.

Si no demuestra una de estos eximentes, simple y llanamente debe ser condenado el demandado y al demandante le es de muy fácil demostración los elementos hecho y daño. Aquí a nuestro modo de ver genero un poco de confusión y obliga al demandante a seguir probando nexo causal, por ello técnicamente hablando consideramos no es la sentencia que instaura la falla presunta, (de hecho sigue pregonando falla del servicio), y paralelamente también obliga al demandado a demostrar que no existe tal nexo causal. De todas maneras consideramos si fue hito en su momento, al generar a futuro la exigencia de prueba al demandado y ser la primera vez donde se habla de carga dinámica de la prueba en nuestro entorno jurídico nacional:

"En casos de falla del servicio, pues al administrado le corresponde probar el mal funcionamiento de un servicio que la administración debería prestar, por ley o reglamento por haberlo asumido de hecho, el daño que ello le infirió y la relación de causalidad entre el segundo y lo primero, correspondiéndole a la administración aportar probanzas contrarias, es decir [] que no existió la falla el daño, o que si alguno de tales elementos se presentó [] ello se debió o a fuerza mayor o al hecho o culpa de la víctima o que no existe relación de causalidad entre la falla y el daño" (Subrayado propio).

Consejo de Estado, *sentencia de 30 de julio de 1992*. Por dificultades técnicas, el demandado debe probar que obro con diligencia profesional. Efectivamente, en esta sentencia se enuncia ya por primera vez las circunstancias bajo las cuales es justificable por vía de excepción, apartarse del criterio tradicional de carga de la prueba y continua exigiendo prueba al demandado, pero no para demostrar eximentes de responsabilidad o inexistencia de nexo causal, sino para que demuestre hechos tendientes a dejar en claro que obro diligentemente y salvar el honor de su procedimiento médico.

"Por norma general le corresponde al actor la demostración de hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por la su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado

se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales (...)

(..) si en lugar de someter al paciente, normalmente actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan" (Subrayado propio).

Consejo de Estado, *sentencia de 13 de agosto de 1992. Instaura la falla presunta o presunción de falla en el servicio*. Sentencia importante más aun por los efectos económicos y procesales que género en su periodo de vigencia, pues pasar a un criterio totalmente opuesto donde al demandante le basta probar el hecho y el daño, fue innovador y valiente, especialmente por los impactos financieros de tales decisiones, pues la entidad pública demandada al tener la presunción en contra, de no probar fehacientemente los eximentes de responsabilidad, necesariamente debía ser declarada responsable y asumir el pago del aspecto condenatorio.

Posición jurisprudencial que fue observada durante siete años y que ilustro así la innovación: *"bajo el anterior entendimiento al actor le corresponde probar de una parte, que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico y, de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este último lo ocasiono el servicio médico. Frente a esta presunción, probatoriamente la conducta del ente oficial a través de*

sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza se tornan difíciles de probar".

Es claro que aquí se concluye que hay expresamente ya fijada la presunción en contra y se debe entender, aunque no lo menciona, que para librarse de tal presunción debe demostrar los ya varias veces enunciados eximentes de responsabilidad y agrega como tal, el que desde la sentencia anterior se denominó obrar diligente del profesional.

Consejo de Estado, *sentencia de 3 de mayo de 1999. Regreso a la falla del servicio, pero conservando carga dinámica debiendo el juez establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar e introduce la teoría de la probabilidad preponderante*. Ese fallo es trascendental, pues efectivamente se retoma nuevamente la tendencia más lógica de que el demandante deba probar la falla del servicio, es decir, incluyendo el nexo causal que origina el daño. Sin embargo, se nota una evolución, ya que se combina con los criterios que se venían manejando del «obrar diligente» y «facilidad probatoria técnica», pero agrega un segundo criterio innovador, también para entonces en el tema de responsabilidad, y es el correspondiente al de la «probabilidad preponderante», el cual lo reseña al indicar que cuando al juez, por dificultades técnicas, le quede difícil tener certeza de la responsabilidad del demandado, puede fallar en su contra si se infiere de lo establecido que las razones invocadas por el demandante, conducen un mayor grado de probabilidad de causa del perjuicio, sobre lo aducido por el demandado.

“... al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad quedo probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”(subrayado propio).

Difícil de interpretar en cada caso por parte del juez ese grado de probabilidad, pero de igual manera se trata de una posición progresista, interesante y loable al momento de aplicar los postulados generales de lo que significa la teoría de la carga dinámica de la prueba y el entendimiento de la dificultad probatoria y que ha sido históricamente en otros temas específicos de responsabilidad civil.

Consejo de Estado, sentencia de 10 de febrero de 2000. El juez establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar según los hechos que quiera demostrar⁴⁹. No es tan protagónico su papel, pero digamos que verifica la dificultad probatoria de las partes e intenta concientizar el hecho de que no se puede caer en el extremismo de exigir máxima demostración de hechos al demandado, que al contrario, es claro que existirán hechos que por su naturaleza, si puede probar fácilmente el actor y por tanto

⁴⁹ En casi idéntico sentido se expresó también la sentencia de 8 de febrero de 2001.

el juez debe revisar tales circunstancias de manera concienzuda.

“No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente, tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presente o no. Así, habrá situaciones en las que sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí esta, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas...”

... la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión”.

Consejo de Estado, sentencia de 22 de abril de 2004, Exp 14212. Introduce además la noción de pérdida de oportunidad.

Según esta interpretación no solamente existen casos donde el paciente llega en adecuadas condiciones y sale luego del acto médico con una irregularidad en su salud, hay también mala praxis, cuando a pesar de que el paciente llega con afectación a su salud, al ser tratado medicamente obtiene como resultado la posible no futura recuperación o incluso la de no sobrevivir. Así las cosas “basta con establecer que la falla del servicio le resto al paciente oportunidades de sobrevivir o curarse”. Criterio que ha de acompañarse con los anteriores pues no es de fácil demostración técnica la relación dada entre acto médico y pérdida de oportunidad.

Consejo de Estado, sentencia de 28 de abril de 2005 y sentencia de 31 de agosto de 2006. Introduce además la clarísima posibilidad de condenar al demandado con valoración de indicios. La última de ellas retoma la también indicada inicialmente y recapitula de mejor manera el enunciado. No existía prohibición alguna y en principio podría afirmarse no es tan trascendental su aporte, pues las reglas y requisitos del medio indiciario han permanecido y son eficaces en cuanto a los resultados de valoración y convencimiento a que un juez puede llegar al momento de sentenciar.

Sin embargo verifica, revivifica y pone en relieve la operatividad del mencionado medio de prueba y deja claro que se puede concluir el nexo causal de difícil demostración en los temas de responsabilidad médica de manera indiciaria, especialmente en caso donde no sea allegada la historia clínica, debiendo entonces acudir a prueba indirecta y construir un silogismo en contra del demandado, pues es fácilmente inferir su responsabilidad que puede ser evidente en la misma y por ello su injustificada pretermisión en el expediente.

“Por eso, de manera reciente la sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica o de la distribución de las cargas probatorias, de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad medica deben estar acreditado en el proceso, todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial

para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño”.

Corte Suprema de Justicia. La Corporación ha desarrollado y acogido la carga dinámica de la prueba en muy reciente data y su aplicación ha sido pocas veces esbozada aunque vigente desde el año 2001. Se resume fácilmente:

Es claro que en todo el discurrir existieron precedentes referidos a si se trata de un régimen subjetivo u objetivo de responsabilidad⁵⁰, de cómo se determina la responsabilidad en las obligaciones de medio y de resultado⁵¹, el tipo de responsabilidad dentro de la clasificación de contractual o extracontractual⁵², entre otros temas de gran interés desde el punto de vista sustancial, de los cuales no vale la pena en esta oportunidad profundizar, por ello nos centraremos en los que han tratado el tema central.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, sala civil, sentencia de 5 de marzo de 1940.

⁵¹ La corporación lo afirma y deja en claro, el médico sólo será civilmente responsable cuando se pruebe en contra de él por parte del paciente, que incurrió en culpa por su descuido, abandono o por no haber sido diligente, siendo correspondiente con sus conocimientos científicos, así como de la misma manera la Corte le atribuye la responsabilidad al paciente de establecer la existencia de la relación contractual para luego probar el daño causado, la conducta descuidada del demandado y por último el nexo causal.

En cuanto a las obligaciones de resultado como lo es el de la cirugía estética señala la corporación que el objeto está claramente establecido en el contrato y el médico se compromete y asegura un resultado, y en caso de no obtenerlo, será culpable y deberá indemnizar al paciente, salvo que se pruebe su exoneración en el caso fortuito o la fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima. SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1986, Magistrado Ponente Dr. Héctor Gómez Uribe.

⁵² Sentencia del 12 de septiembre de 1985 Magistrado Ponente: Dr. Horacio Montoya Gil.

Ahora bien, la situación de quien tenía la carga de la prueba en estos asuntos es fácil de sintetizar, de manera preliminar es claro que hasta 2001 al demandante le asistía de manera total la autoresponsabilidad de probar los tres elementos de responsabilidad acompasada a la carga rígida o clásica de la prueba. En el mencionado año un precedente flexibiliza tal criterio y permite entonces por primera vez de manera expresa y material vivenciar la teoría de la carga dinámica de la prueba para el derecho privado, ratificada posteriormente, especialmente y en términos casi idénticos un pronunciamiento del año 2010.

Es decir, hasta el año 2001 se rigió la carga tradicional de la prueba con la necesidad del demandante de probar los hechos fundantes de la responsabilidad y de tal fecha a hoy, se conserva la misma regla, pero combinada y complementada con la posibilidad de que el juez pueda aligerar la carga a quien tiene tal imposición.

Como quiera que el único criterio que ha tomado esta corporación para dinamizar la carga de la prueba, es el de la dificultad del demandante por condiciones técnicas y científicas, bástese con expresar literalmente la filosófica argumentación:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de enero de 2001, exp. 5507.

"En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que

es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se

pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)". (Subrayado propio).

Corte suprema de justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 2010. En casi idéntico sentido expreso:

"El juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de carga de la prueba, asienten determinadas inferencias lógicas enderezada a deducir la culpabilidad medica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de procedimiento civil puede aparejar en este acto el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se pueda encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esta situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida en que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o "dulcifican" (como lo denominan las primeras sentencias Españolas) el rigor del reseñado precepto".

Luego del extenso recorrido jurisprudencial, resta reseñar que similares apreciaciones sobre el tema central de disertación, se han dado en otras aristas que por lo breve del espacio y por tener que abarcarlo de manera panorámica, no vale la pena verificar en específico, su manejo a modo de ejemplo, en materia laboral (con el acoso laboral entre otros) o en materia de desplazamiento forzado

o en materia penal (extinción de dominio y lavado de activos), entre otros.

Por ello, visto de manera concienzuda, en el ámbito donde más desarrollo ha tenido⁵³ el estado de cosas sobre el tema hasta el año 2012, cuando ingresa en la legislación la carga dinámica de la prueba diseñada en los incisos 2 y 3 del artículo 167 de la ley 1564 de 2012, nos detuvimos en extenso en su origen jurisprudencial para repasar, comprender y considerar de mejor manera las conclusiones que en líneas posteriores abarcaremos, en el marco del CGP.

Carga dinamica de la prueba en el CGP

Consideramos a priori que el Código General del Proceso, es el fiel reflejo del legislador por actualizar y poner a tono, los múltiples e interesantes precedentes jurisprudenciales que abrieron el camino para la materialización del derecho sustancial, el respeto a las garantías irrestrictas y el acceso a la administración de justicia. El mismo proyecto de ley 119 de 2011 Cámara, lo enunció:

"adecuar las normas del derecho procesal a las disposiciones constitucionales de 1991 y a las innumerables decisiones judiciales, fundamentalmente las proferidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional, con el fin de poder contar con una legislación que eleve a rango legal dicha jurisprudencia o se hagan los ajustes que la misma advierte o se llenen los vacíos que la misma pretende suplir".

⁵³ Responsabilidad médica.

Respecto del punto específico de la carga dinámica de la prueba el mismo proyecto de ley expresó dentro de la exposición de motivos, que el derecho a la prueba también implica el derecho a acceder a ella por las partes a las cuales les es difícil, imposible probar, “sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza”, y que virtud del principio de solidaridad, en algunos casos podría haber un desplazamiento de dicha carga según las particularidades propias, pero con clara y expresa advertencia que la carga de la prueba mantendría su concepción clásica del onus probandi.

“Nuestra Constitución consagra en el artículo 29 Superior, el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas. El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y esta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho”⁵⁴ (Subrayado propio).

De contera advertimos que en la iniciativa legislativa se quería dejar totalmente libre la facultad del juez al momento de dinamizar la carga de la prueba, es decir dejaba al libre arbitrio del juez su interpretación subjetiva en cada caso, “para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho”. Y de otro lado, dejaba tal actividad judicial para el momento final de valoración en la respectiva sentencia.

Vale la pena señalar que la teoría de la dinamización de la carga de la prueba tal cual nace en Argentina, aplicaba tal criterio, señalando que es al juez al momento de sentenciar a quien le corresponde interpretar quien estuvo en mejores condiciones para probar y no lo hizo y entrar a fallar en su contra.

Frente a tal criterio han sido múltiples las críticas que desde luego compartimos, pues es claro que de esta manera se toma de sorpresa a las partes en el proceso, quienes llegan al proceso con reglas de juego legalmente claras y no puede un criterio subjetivo e individual del juez violar su derecho a la defensa y a la contradicción y menos aún verse compelido a ser “sancionado” por la supuesta omisión de una conducta procesal de la cual nunca fue advertido.

Así el proyecto de ley como pocas veces antes visto, fue ampliamente socializado y se le permitió un amplio debate por varios mecanismos que permitieran que el ciudadano en general pudiese debatir al respecto,

se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

circunstancia esta que se da muy especialmente en los sectores judicial y académico. Por ello al llegar al Senado de la Republica, de manera afortunada el proyecto en el tema específico sufre de acertadas modificaciones.

La primera de ellas en variar al decreto de la prueba respecto del momento donde el juez pueda dinamizar la carga, aunque fuere posteriormente ampliado y dejare de ser único (decreto de la prueba o sentencia), para pasar a ser abierto entre los dos indicados, lo que permite un verdadero escenario de análisis y de margen para poder aplicar la teoría en debida forma y no ser un momento único que en el antes no es fácil de aplicar o entender (decreto) y en el después muy tarde para interpretar (sentencia).

De otro lado importante también, se introduce en Senado, la posibilidad de que la dinamización pueda ser solicitada por las partes y mejor aun previendo la posibilidad de impugnar tales decisiones por vía de recurso.

Para mayor claridad y contraste de la evolución de la teoría, en el trámite legislativo, me permito transcribir los tres textos iniciales y la indicación de los cambios por parte del legislador, que fueron materia de debate:

El proyecto original tuvo la siguiente redacción:

“Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

“Artículo 167. Carga de la prueba. Se adiciona el inciso segundo del artículo para dotar al juez de la posibilidad de pronunciarse sobre la distribución de la carga de la prueba (carga dinámica de la prueba), en caso de que advierta que a alguna de las partes le queda más fácil demostrar ciertos hechos. Tal pronunciamiento deberá tener lugar al momento de decretar la prueba. Esta modificación hace que se supere la crítica que a la carga dinámica de la prueba se hace en algún sector de la doctrina”. Pliego de modificaciones para segundo debate, Gaceta del Congreso 745 de 2011.

“Artículo 167. Carga de la prueba. El inciso 2° se modifica para regular de manera más detallada la distribución la carga de la prueba. Así las cosas, se sustituye la regla según la cual le corresponde probar a la parte que ‘le resulte más fácil probar determinados hechos’ por la regla según la cual le corresponde probar ‘a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos’. Asimismo, el inciso 2° establece de manera no taxativa las situaciones de hecho en las cuales se considera que una parte está ‘en mejor posición para probar’, a saber: ‘en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o circunstancias de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte’”. Pliego de modificaciones para tercer debate, Gaceta del Congreso 114 de 2012.

Finalmente el texto aprobado fue el siguiente:

⁵⁴ Gaceta del Congreso 119 de 2011. Exposición de motivos al proyecto de ley 196 de 2011 Cámara, “por medio de la cual

"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

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

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Sentencia Sc 086 de 2016, Corte Constitucional. Con el texto referido, como lo indicaremos más adelante,

hay varios aspectos sobre los cuales puede existir cierta resistencia o análisis, en la medida que podría ocurrir que en el trámite de un proceso con audiencias y oral no resulte fácil su aplicación⁵⁵. Inclusive, podría llegar a pensarse que la norma resulta a su vez resulta taxativa, con amplio margen de interpretación del juez⁵⁶; y aún podría decirse que deja cabos sueltos⁵⁷, pero lo trascendente es que resulta claro que, a pesar de varias opiniones encontradas en algunos sectores de la academia, la única inconformidad de inconstitucionalidad propuesta hasta la fecha ante la autoridad constitucional y jurisdiccionalmente competente, se debatió a través de la sentencia SC 086 de 2016.

Entrando en su análisis el actor en inexequibilidad a grandes rasgos argumento que la norma demandada viola los artículos 2, 29, 228 y 229 Constitucionales, toda vez que, la palabra "podrá"⁵⁸ otorga al juez discrecionalidad para la distribución de la carga de la prueba entre las partes, cuando en realidad, de conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución, tal proceder es obligación⁵⁹,

⁵⁵ Materialización real del momento procesal y su funcionamiento y si es acertado obligar a probar a una parte en su contra.

⁵⁶ Al centrarse únicamente en la dificultad técnica probatoria y desconocer precedentes jurisprudenciales ya indicados, donde se denotan otros criterios.

⁵⁷ Cuál será la sanción puntual si el requerido por órdenes probatorias no las obedece y que tan constitucional puede ser fallar en su contra; el juez indica hechos a probar y el requerido los prueba libremente o el juez decreta medios de prueba específicos, y en qué casos, que recurso y en qué efecto procederá la posibilidad de impugnación.

⁵⁸ Inciso dos del artículo 167 CGP "No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga ...".

⁵⁹ En nuestro concepto más que obligación es deber procesal.

que el término "podrá" genera una facultad y no un deber para el juez dependiendo entonces en cada caso en concreto y de cada juez si éste distribuye o no la carga de la prueba, es decir que no puede dejarse a discrecionalidad del juez la toma de una decisión, cuando en virtud de los mandatos constitucionales tal decisión es obligatoria, pues deben promover las condiciones para que el acceso a la administración de justicia sea real y efectivo, pero ante todo en pie de igualdad de las partes.

La Corte Constitucional declara exequible el texto demandado por considerar que:

(...) "la regulación está encaminada a procurar un prudente equilibrio entre la función del juez en el Estado Social de Derecho y el cumplimiento de las cargas procesales que constitucionalmente corresponde asumir a las partes cuando ponen en marcha la administración de justicia. Recuérdese que "la mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes -principio dispositivo- y el poder oficioso del juez -principio inquisitivo-, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso"

Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2009.

significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.

En efecto, es claro que finalmente el ejercicio de administrar justicia para el juez y su ejercicio de valoración, atraviesa transversalmente tres instituciones procesales, que interactúan y se complementan y no son en nada excluyentes.

Me refiero a que prevalece como regla general: (1) *onus probandi* o carga de la prueba para su responsable según sea su pretensión; luego (2), la posibilidad de que el juez realice un decreto oficioso de prueba o como lo llaman en otras latitudes, medidas para mejor proveer, con lo cual se quiere resaltar la actividad investigativa que el juez desarrolla para llegar a la verdad y poder fallar de manera más acertada; y finalmente, (3) la viabilidad de "dinamizar" la carga de la prueba, lo cual también resulta procedente de manera oficiosa o a petición de parte, según las particularidades de caso, lo que representa la faceta particular de requerir o indicar hechos sobre los cuales el requerido debe probar y allegar uno o varios medios de prueba, que podrá escoger libremente, pero, en todo caso, con el propósito de cumplir con la orden judicial, que consiste en la carga "dinámica" que le ha sido impuesta.

Esta misma conclusión fue debida advertida de nuestra parte ante el mismo tribunal y coincidió con lo perfectamente expuesto por la referida corporación:

"Bajo estas premisas y lo ordenado por la ley y los fallos advertidos con o sin regla-

mentación legal de la carga dinámica de la prueba, como ocurría antes de 2012, es claro que desde el año 1970 con la expedición de un código procedimental con corte mixto, el juez en todos los casos verifica la necesidad de su intervención probatoria oficiosa, y determinara siempre, si entre ellas está la de generar ordenes de prueba a quien le quede más fácil demostrar según las especiales circunstancias del caso, por tanto el hecho de que la norma hable de podrá, la figura genérica del decreto oficioso como deber prevalecerá por ser de mayo entidad, y se podrá enjuiciar al juez que siendo objetiva la desigualdad no proceda de conformidad, y por tanto el acceso a la administración de justicia, la igualdad de las partes y el debido proceso no se desdían con tal término "podrá", pues se insiste, otra norma del mismo código de carácter general obliga e impone el decreto oficioso y ese poder implícitamente también conlleva la distribución de la carga como conducta obligatoria y no se da por tanto de manera material y practica la violación a la constitución aquí endilgada"⁶¹.

Ahora bien, la misma Corte de manera acertada y muy clara vincula la carga dinámica de la prueba con los que consideró, de manera directa o indirecta, principios (juez director del proceso o activista, tutela judicial efectiva, igualdad, legalidad, prevalencia del derechos sustancial) del proceso en el código General del Proceso, lo que nos permite comprender mucho más la teoría aquí ampliamente tratada:

"Con todo, en este punto es necesario aclarar que la norma acusada no puede ser interpretada al margen de los fines y principios que orientan el Código General del Proceso y que por lo mismo tienen fuerza vinculante. Ello significa que el juez, como director del proceso, ha de estar vigilante para dar cumplimiento a su misión en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, ya sea al acudir a sus atribuciones oficiosas en el decreto y práctica de pruebas, o bien para hacer una distribución razonable de la carga probatoria según la posición en la que se encuentren las partes en cada caso.

En este sentido, el artículo 2º del código reconoce el derecho que toda persona tiene "a la tutela judicial efectiva" para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, "con sujeción a un debido proceso de duración razonable", lo que reafirma la competencia del juez para asumir un rol activo en el proceso y lograr la búsqueda de la justicia material. El artículo 4º consagra el principio de igualdad, según el cual "el juez deber hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes"; ello supone abandonar una visión estrictamente formalista de la posición de las partes en el proceso para hacer uso de las facultades oficiosas y restablecer el equilibrio o distribuir las cargas probatorias cuando las circunstancias así lo demanden. El artículo 7º reitera la sujeción de los jueces al imperio del Derecho, lo que incluye la obligación de tener en cuenta la jurisprudencia y la doctrina probable incluso en lo relativo a la carga dinámica de la prueba; así como la obligación de "exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos" en caso de apartarse de la doctrina probable en la materia o

de cambio de criterio en casos análogos. El artículo 11 exige al juez interpretar las normas procesales teniendo en cuenta "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial". Por último, el artículo 12 señala que los actos procesales se realizarán "con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial".

De esta manera, para la Corte es claro que en algunos casos el decreto oficioso de pruebas o la distribución de su carga probatoria dejan de ser una potestad del juez y se erige en un verdadero deber funcional. No obstante, ello debe ser examinado de acuerdo con las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el Legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba. De hecho, para tal fin también se han diseñado diversos recursos y mecanismos de control al interior de cada proceso, e incluso excepcionalmente podrá hacerse uso de mecanismos extraordinarios como la acción de tutela, lo cual ha sido avalado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional⁶².

ANÁLISIS CRÍTICO. En líneas anteriores dejamos histórica, jurisprudencial y legislativamente el estado del arte de la teoría de la carga dinámica de la prueba, y claro que concordamos con opiniones alegres respecto de su positivización y desde luego avizoramos que se avanzó y se da un paso

al frente en cuanto al querer desarrollar, como en términos generales lo hizo el nuevo código, ante todo una realización efectiva de la tutela judicial efectiva, la igualdad de las partes, la lealtad y transparencia de las mismas, el principio de legalidad, la eficacia de las decisiones judiciales, y ante todo la prevalencia del derecho sustancial.

Sin embargo, en mi humilde opinión, consideramos, se pueden señalar algunos aspectos sobre los cuales a futuro habrá de repararse y preguntarse de mejor manera el papel de las partes y del mismo juez y la operancia práctica de la institución en estudio, pues consideramos que ninguna obra humana es perfecta y puede ser mejorada.

Tales reparos, algunos más triviales que otros pueden resumirse así:

1. PROCEDENCIA. La pregunta sería: ¿es lícito que el juez intervenga y ayude a una de las partes dinamizando su carga de la prueba? La respuesta expuesta en todo el transcurso de la disertación es que Sí, especialmente porque existen dificultades técnicas y de cercanía de la prueba que hacen imposible que la parte que está encargada de la demostración de los hechos, las aporte y que en miras de garantizar un acceso a la administración de justicia, la igualdad y la solidaridad y lealtad procesales, el juez puede pedir prueba a quien no está obligado a probar.

Sin embargo la reflexión que se hace en muchos ámbitos, es, ¿y no sería llegar a premiar a un litigante negligente que, como en otrora el demandado, se quedara cruzado de brazos esperando que el juez de las ordenes necesarias para ayudarlo a probar sus hechos?.

⁶¹ Rueda Rodríguez Nelson Enrique, Observatorio de intervención ciudadana Universidad Libre, seccional Bogotá, intervención ante expediente D -10902, agosto de 2015.

⁶² Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-215 de 1999, T-835 de 2000, T-950 de 2001, T-741 de 2004, T-417 de 2008, T-264 de 2009, T-654 de 2009, T-346 de 2011, T-733 de 2013, T-804 de 2014, SU-768 de 2014 y T-339 de 2015, entre otras.

Sobre tal aspecto sería valioso entrar nuevamente en una discusión entre la filosofía del sistema dispositivo y el inquisitivo y la imparcialidad del juez, sin embargo aunque no sea tan convincente en algunos aspectos constitucionales, el papel del juez activista, es claro que ya se decantó y que se quiera o no estamos en un sistema mixto avalado procesal y constitucionalmente.

Que adicionalmente en el proceso se conserva la carga de la prueba para su responsable y que se complementa con la posibilidad de decreto oficioso de la prueba y por supuesto dinamización de la carga de la prueba.

Frente a esta última, es claro que la justificación de la teoría se ha dado porque es excepcional y porque se basa en dificultades técnico probatorias, sin embargo la reflexión es, ¿el juez debe entrar a dinamizar la carga de la prueba de manera automática? Es decir, sin que el demandante argumente o justifique su dificultad o siquiera demuestre esfuerzos de aportación de material probatorio o sin que solicite que su contraparte aporte la prueba que él no tiene, igual el juez deberá estar obligado a dinamizar su carga probatoria?

En nuestro concepto es claro que para una constitucional y racional decisión judicial, el juez debe ser alertado por parte del responsable de demostración de su imposibilidad o dificultad, que en el expediente deben registrarse cuidadosos aportes de material probatorio y de una correcta utilización de los mecanismos que da la ley procesal para cuando no se tiene la prueba, y luego de ello sí revisar,

que quedo faltando probatoriamente al debate, analizar cómo entonces solventar la desigualdad endilgada y proceder a ordenar lo conducente a quien tenga la facilidad probatoria, lo contrario sería violentar abiertamente el principio de legalidad y formas propias del juicio.

Así las cosas, consideramos, antes del cierre del debate probatorio debe darse una reevaluación de los hechos materia de debate y un segundo decreto probatorio, si es que las circunstancias del caso lo ameritan, ahora bien, es claro que en el sistema escrito era mucho más fácil tal circunstancia pues la oportunidad procesal era amplia, pero con el proceso por audiencias y con oralidad y la acertada concentración de actuaciones con que se diseñaron la audiencia de instrucción y de instrucción y juzgamiento será controversial su aplicación debiendo se permitir como lo enunciamos un segundo momento de verificación probatoria así se puedan generar demoras y posibles dilaciones. Sobre este punto específico del momento preciso en el cual se podría analizar la dinamización de la carga probatoria se ampliara adelante.

Simplemente ratifico, la misma doctrina y jurisprudencia, no relevan al responsable de su carga demostrativa, se piensa su aplicación como excepcional, por tanto lo abstracto de su procedencia⁶³ y la indicación amplia pero no argumentativa del momento para hacerlo, no pueden dar al traste con la claridad Constitucional de que al debate procesal se debe llegar con

⁶³ Cuando prevé que el juez puede dinamizar la carga "entre otras circunstancias similares" referidas a la dificultad probatoria.

reglas de juego claras y predeterminadas y que no pueden ser alteradas subjetivamente en el transcurso del mismo y trasladar de manera automática, de inicio o injustificada toda la carga de la prueba a quien ingresa al proceso sabiendo que no está obligado a demostrar hechos.

2. EN CUANTO A QUÉ JUSTIFICA DINAMIZAR LA CARGA DE LA PRUEBA. Es claro que el artículo 167 del CGP insta al juez para que ordene a la parte que se considera en mejores condiciones para aportar evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, así las cosas, informa como eventos que validan tal situación los de: *"cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares"*.

Si revisamos bien, la verdad la norma indica en últimas tres (o como explicaremos adelante en dos) grandes causales por las cuales entrar a dinamizar la carga de la prueba, toda vez que el hecho de haber intervenido directamente en los hechos que dan lugar al litigio, en verdad no son motivo para predicar dificultad probatoria alguna y es lógico y necesario que así haya sido para pregonar en el ámbito del proceso la calidad de parte, luego es inane y nada practica tal circunstancia que aquí se quiere hacer ver como justificante de variar las responsabilidades probatorias y porque la verdad no ha existido precedente jurisprudencial, teórico o practico,

donde se haya relevado su aplicación en los fines de la teoría.

Las tres circunstancias serian entonces:
1. Las difíciles o imposibles condiciones técnicas, científicas que puede tener el responsable de la acreditación de los hechos y la consecuente facilidad en idéntico sentido para su contraparte, que la norma a su vez informa en tres modalidades (cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales);
2. Por estado de indefensión o incapacidad en que se encuentre una de las partes y de otro lado
3. Entre otras circunstancias similares, es decir una posibilidad abstracta según la cual se puede entender, por parecer subjetivo del juez se podría dinamizar la carga de la prueba en cualquier caso y bajo preceptos que el administrador de justicia considere acordes.

Respecto del primer grupo de circunstancias que justifican la teoría dinamizadora no encontramos reparo alguno, es más, se podría decir que es la única que ha justificado imponer actividad probatoria a quien no está obligado a hacerlo en el ámbito del proceso judicial.

Respecto de la incapacidad e indefensión, es claro que hace referencia a la de tipo probatorio y si se revisa bien, tal hecho se referiría obviamente a la de dificultad técnica, pues es claro que la parte en estos aspectos puede ser incapaz de aportar la prueba, o que de otro lado, para su defensa requiera la prueba que su contendor tiene, luego estaremos en terrenos nuevamente de la misma circunstancia sobre la cual se edifica toda la teoría, la no fácil oportunidad

de aportar pruebas, luego tampoco la verdad nos conduce a nada nuevo ni distinto y es inane y hasta repetitiva su regulación.

De otro lado abre un gran punto de controversia, ¿esa indefensión o incapacidad puede ser económica o financiera? Es decir la dificultad probatoria puede ser de falta de recursos financieros para obtener y aportar la prueba en el nuevo sistema de autoresponsabilidad y de preparación del material probatorio a que obliga el proceso por audiencias del CGP, o necesariamente es técnica, es decir la referida a saber que hechos quiero acreditar pero no tengo las pruebas ni se cómo obtener o que prueba aportar o solicitar para su probanza.

Es claro que se hace referencia al segundo punto, porque claramente la incapacidad o indefensión técnica podría solventarse con la figura del amparo de pobreza⁶⁴ y con la solicitud de pruebas que están en poder de su contraparte desde la demanda; por tanto a diferencia de otros criterios que en debates conferenciales se han dado, consideramos claro la teoría de la cargas dinámicas de la prueba, no es para solventar deficiencias financieras de las partes.

Máxime si procesalmente hablando, no creemos pueda surgir otro tipo de indefensión, pues las partes entran desde el punto de vista de las garantías procesales y del debido proceso en pie de igualdad, y la doctrina y la jurisprudencia han justificado el imponer probar a quien no está obligado, siempre bajo criterios de cercanía, tenencia de la prueba o aspectos técnicos científicos, luego se insiste se trataría de

la misma circunstancia enlistada en el primer grupo aquí referenciado.

Frente a la indicada como "entre otras circunstancias similares" aunque se debate mucho también sobre su abstracción, de lo cual en parte estamos de acuerdo, al final la consideramos afortunada.

En efecto, podría pensarse que con tal redacción el juez debe ser extremadamente cauteloso a la hora de querer generar órdenes probatorias para dinamizar la carga de la prueba, pues se puede pensar que le quedo un arbitrio totalmente subjetivo e ilimitado para intentar meter las manos y ayudar a una de las partes que no ha demostrado o intentado demostrar su dificultad probatoria, y concluimos que, obviamente el juez la aplicara solamente en casos donde la trascendencia o dificultad fáctica indican que no es fácil argumentar la decisión final y se ayudara en tal criterio para justificar sus determinaciones, que en honor a la verdad, siempre llegaremos a la misma conclusión, se centrara en aspectos de cercanía, tenencia o técnicos de la prueba y se termina legislando en la figura un mismo y único aspecto.

A la vez la consideramos acertada, en el entendido de que en verdad al legislador del CGP le faltó incorporar al artículo referido, circunstancias que habían justificado la dinamización de la carga de la prueba como en otrora ya lo había materializado la jurisprudencia del Consejo de Estado, y es allí en esas "circunstancias similares" donde habrá de enmarcarse tales posibilidades o criterios en la práctica judicial.

⁶⁴ Y su aplicación práctica por ejemplo en el peritaje donde habrá una pericia judicial cuando opere este amparo.

Esto por cuanto consideramos que si la intención era la de adaptar las acertadas decisiones judiciales a la norma legal, en este tema específico no se introdujeron las interpretaciones que permitieron fallar casos en donde se dinamizó la carga de la prueba y se falló también basados en las figuras de **probabilidad preponderante, causalidad efectiva y pérdida de oportunidad**, en los términos y formas como se desarrollaron en la jurisdicción contencioso administrativa, en este escrito ya ilustradas, y que por su naturaleza jurídica (en cuanto evitan el sucedáneo de prueba y generan interpretación probatoria del juez), permiten un mejor manejo y aplicación de la teoría en estudio.

Respecto de la demostración que se obró diligentemente, consideramos si se inserta su posibilidad en las circunstancias diseñadas en el artículo 167 del CGP en el primer grupo de los tres aquí señalados.

Ahora bien, en la praxis se debe entender entonces, que tales precedentes a pesar del desarrollo legislativo de la carga dinámica de la prueba, ante su desconocimiento en el artículo 167, continuaran siendo criterio auxiliar pero obligatorio a la hora de fallar procesos de idénticas o similares características, a voces del ser verdaderos precedentes jurisprudenciales.

3. ¿CUAL ES PUNTUALMENTE LA ORDEN PROBATORIA Y SU SANCION SI NO ES ACATADA?. Es claro que en los casos en que se generó jurisprudencialmente la teoría, la dinamización de la carga de la prueba se dio por vía de requerir pruebas a la parte que se considera en mejores condiciones para su aportación y en ultimas en interpretar si los hechos

aducidos aunque no efectivamente demostrados como causa del daño por su precisa dificultad⁶⁵, podían inferirse como tal y fallar con tal criterio.

Se da la novedad en virtud del artículo 167 del CGP, que el juez podrá "exigir probar determinado hecho" a la parte que este en mejores condiciones para hacerlo, en el momento de decretar la prueba o hasta antes de sentencia y "otorgara el termino necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba". El interrogante que puede surgir al leer detenidamente la norma es ¿el juez indica hechos y la parte aporta libremente los medios de prueba para cumplir la demostración? o ¿el juez indica las pruebas que deben ser aportadas?

Aunque en inicio parece fácil y hasta tonto indagarnos tales aspectos, de todas maneras no podemos perder de vista lo siguiente: Las partes inicialmente y posteriormente el juez no podrá oficiosamente variar los hechos materia de controversia, pues por más facultades activistas que tenga, éstas no le permiten modificar las afirmaciones que sobre los hechos realizan demandante y demandado en sus respectivos escritos introductorios y menos aún salirse del estricto marco de hechos que debe fijar en el momento procesal oportuno de la audiencia inicial al decantarse muy bien en cuales hubo aceptación o no.

Por tanto, si ahora se prevé la indicación de hechos a probar, esta facultad se debe interpretar en su debido contexto, y se refiere en especial a los decantados en la fijación de hechos y pretensiones; y ellos

⁶⁵ Probabilidad preponderante, causalidad efectiva y pérdida de oportunidad.

se obtienen solamente de lo que en un margen de disposición de derechos hacen las partes en su demanda y contestación, luego se colegiría que el juez no podría decretar pruebas sobre aspectos distintos, porque estaría violando la congruencia con las pretensiones y posiciones contradictorias de las partes que prima en el procedimiento civil, como desarrollo de la regla técnica dispositiva que informa esta acción.

Ahora bien el tema cobra relevancia cuando el artículo informa que sobre tal decisión habrá recurso aunque no expresa cual, porque así las cosas, el juez deberá argumentar así sea suscitadamente su decisión (cosa que no ocurre en el decreto oficioso, el cual no tiene tampoco recurso alguno) por más de oficio que sea su decisión y obviamente allí deberá partir, se insiste del derrotero de los hechos fijados en el litigio.

Ahora bien, es claro entonces que siempre habrá de indicarse el fin o de indicar un hecho a probar o partiendo de este punto adicionalmente solicitar o requerir medios de prueba específicos, caso en el cual, el requerido deberá obrar de conformidad y en nuestro concepto adicionalmente, si es su voluntad, solicitar o aportar otros medios de prueba que sean si conducentes y pertinentes al hecho objeto de controversia y donde estriba la dificultad para el debate a criterio del juez, pues le asiste ahora un derecho a la prueba íntegro sobre el hecho indicado y huérfano de prueba, no siendo posible que se le limite su demostración a medios específicos, pues perfectamente podría hacerlo por otros distintos a los indicados por el juez, máxime si la fin de la teoría

es demostrativo y no generar tarifas de pruebas o conducencias de tipo judicial.

Por tanto consideramos, no podrá hablarse de dinamización de la carga, solicitando medios de prueba específicos sin justificación fáctica alguna, lo contrario sería un decreto oficioso de prueba inane e innecesario como en ocasiones percibimos en la actividad judicial, el cual para rematar no requiere argumentación y carece de recursos. Es por ello que, el papel del juez hoy es protagónico y debe ser en alto grado cuidadoso, analítico y crítico del porqué y para qué la utilización de los medios de intervención e impulso que el código le otorga.

Ahora bien, surge una grave inquietud: ¿Cuál es la sanción jurídica a la parte que el juez de ordene probatorias al dinamizar la carga de la prueba y éste no las cumpla?

Paradójicamente el diseño legal de la figura no la contempla, y bajo una interpretación del principio de legalidad y de no encuadrar sanciones por vía interpretaciones extensivas, se podría pensar que no debe imponerse ningún efecto jurídico en contra, pues lo contrario sería tanto como instaurar una presunción judicial. Podría acusarse entonces a la norma de quedarse corta al momento de señalar el efecto de no querer ser solidario y colaborar con el ejercicio de administrar justicia y buscar la justicia material.

¿Sin preverse sanción expresa se puede aplicar alguna?, ¿cuál sería la procedente?

Ahora bien, si observamos detenidamente los precedentes jurisprudenciales en el tema tampoco son claros, aunque sí

más eficaces, ante la orfandad probatoria precisamente acudían a la aplicación de las teorías que ya hablamos y que reseñamos como desconocidas por el artículo 167 del CGP, verificar simplemente si los hechos aducidos aunque no efectivamente demostrados como causa del daño por su precisa dificultad, (Probabilidad preponderante, casualidad efectiva y pérdida de oportunidad) estos podían inferirse como tal y fallar con tal criterio. Como también ya lo reseñamos estos señalamientos habrán de ser aplicados como precedente vertical y ayudara a salir del vacío normativo.

De otro lado, se subsana la situación si recordamos que el juez sí puede valorar procesalmente las conductas de las partes y de allí generar efectos jurídicos, aunque para algunos críticos se caería una vez más en el eficientismo procesal desdeñando el garantismo procesal, y concluir de esa actitud pasiva y negligente injustificada desde luego como indicio grave en contra.

Sin embargo no la consideramos la mejor salida pero nuevamente la jurisprudencia existente en el tema nos salva, si el material probatorio de manera contundente no demuestra circunstancias para eximir al requerido y por el contrario genera la conclusión por vía indiciaria de responsabilidad, el juez en sana crítica podrá fallar en tal sentido.

PRESUNSIONES. Consideramos que hubiese sido también muy pertinente y más eficaz, aunque aún se puede pensar en ello, la instauración de presunciones de tipo legal en las codificaciones y normas que regulan los temas donde se ha tenido que flexibilizar la carga de la prueba, desde

el punto de vista sustancial,⁶⁶ y trasladar de manera automática la demostración de una exención de responsabilidad a quien por naturaleza siempre ha tenido la facilidad probatoria.

Es decir por ej., en todo asunto de responsabilidad médica, simple y llanamente desde el código respectivo presumir culpable al profesional en caso de que existir acciones judiciales en su contra, y que sea éste quien en últimas demuestre su eximente de responsabilidad, pues finalmente probatoriamente le queda más fácil demostrar la inexistencia de nexo causal y evitar las múltiples interpretaciones y disquisiciones reseñadas; y en su lugar dejar la norma procesal como supletiva y subsidiaria para casos complejos.

De esta manera de contera se garantiza el principio de legalidad y de formas propias del juicio a las partes, pues en contra de quien va la presunción tendrá clara y predeterminada su actividad probatoria en el proceso y no podrá ser a futuro sorprendido con posibles decretos probatorios no justificados o erróneamente interpretados.

5. **MOMENTO DE DINAMIZAR.** La norma es acertada al haber ampliado su margen de acción y poder entrar a dinamizar la carga de la prueba entre el decreto de las pruebas y hasta antes de sentencia. Ahora podemos preguntarnos: ¿el momento denominado «sentencia» puede interpretarse como hasta la de segunda instancia?

Al respecto, nos parece claro que en la segunda instancia solo podrá existir ac-

⁶⁶ Como ocurre en las actividades peligrosas, ley del consumidor o en las obligaciones de resultado.

tividad probatoria en los taxativos casos del artículo 327 del CGP⁶⁷ anterior 361 del CPC y que por tanto no sería viable, sin embargo, también es cierto, que la carga se puede dinamizar de oficio y por ello sería posible en segunda instancia instaurar la figura por considerar el juez su procedencia tal como lo hemos enunciado, y gracias también a la permisividad de prueba oficiosa que introduce como novedad el mencionado artículo 327, pues el anterior 361 no la incluía.

Ahora bien, desde el inicio dejamos sentado que el juez debe ser extremadamente analítico y si observa la posibilidad o necesidad de entrar a dinamizar la carga, deberá necesariamente hacerlo en el decreto de pruebas de la audiencia inicial, a efectos de que analizados los hechos debidamente fijados y las luces que le den las partes al respecto, pueda dinamizar y ordenar lo concerniente a efectos de que se aporte y se practiquen la totalidad de las pruebas,⁶⁸ en la audiencia de instrucción y juzgamiento y fallar asertivamente y a continuación en la mencionada audiencia.

⁶⁷ Artículo 327 "Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.
2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.
3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrido la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.
4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.
5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.

⁶⁸ Las solicitadas y las ordenadas.

Tal conclusión se desprende del hecho de que según el diseño de la audiencia de instrucción y juzgamiento, el fallo debe proferirse en la misma audiencia y por tanto el juez no tendría mayor tiempo de reparar la referida necesidad de requerir prueba a quien está en facilidad de aportarla.

Sí, creemos que la redacción no es afortunada y pareciera hubiese sido pensada para el proceso escrito, pues allí si hay periodo probatorio adicional, pero en el proceso por audiencias y con concentración máxima de actos procesales, en la audiencia del artículo 373 del CGP no está contemplada suspensión distinta a la de dos horas para sustentar el sentido de fallo ya indicado (norma de orden público) o una vez terminada con éste sentido, expedir la sentencia por escrito.

Luego de contera se concluye, habría un vacío de cómo proceder si no se dinamiza la carga de la prueba en el decreto sino antes de fallar, lo que no sería tan desacertado si dijimos ya, que el juez no puede, ni debe de manera automática suplir y premiar al litigante negligente que ni siquiera informa su dificultad o no solicita prueba.

De lo anterior se colige que si el juez quiere dinamizar la carga de la prueba, luego de revisar el acervo probatorio e incluso escuchar alegatos de conclusión, si en su criterio dentro del plenario encuentra hay una seria dificultad de probar de quien ha sido diligente, pero, pese a ello, no logró satisfacer totalmente la demostración de hechos, deberá: 1. suspender la audiencia de instrucción y juzgamiento; 2. Expedir un nuevo decreto probatorio, argumentando los motivos que lo inducen a tomar tan severa me-

da, indicando con precisión el hecho a probar y si se quieren medios de prueba específicos; 3. Resolver o dar trámite al recurso impugnativo que se pueda dar (de lo cual hablaremos más adelante); 4. Otorgar un nuevo plazo para pedir o aportar pruebas; y 5. Señalar una nueva fecha para continuar con la de instrucción y juzgamiento, donde se deberán practicar la nuevas pruebas, alegar nuevamente (por los aspectos nuevos que ellas puedan introducir) y luego si decidir de fondo con las prerrogativas y formas de trata el mismo artículo 373 del CGP.

Pensamos que es esta la solución que debe generarse, aunque no esté expresamente prevista en la ley. No obstante, en nuestro criterio resulta la más garantista y adecuada para las partes, inclusive en beneficio del oficio del juez que es la correcta aplicación de la justicia en el momento del juzgamiento, lo que de paso redundará en la calidad de la misma decisión, aunque ello pueda tornar en largo y dispendioso el proceso.

6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Puede pensarse que el decreto que se realiza para dinamizar la carga de la prueba, puede generar una especie de prejuzgamiento o avizoramiento de la decisión del juez⁶⁹ (tema de inacabados debates) e incluso una valoración más afectiva a las pruebas por él ordenadas que a las

⁶⁹ Ej. Si en proceso de simulación, luego de surtido todo el debate probatorio, no profiere fallo y en su lugar ordena un peritaje para cuantificar los frutos dejados de percibir sobre el bien objeto de la acción. Podría concluirse que fallara a favor la simulación y por ello requiere la cuantificación de tal rubro como consecuencia de la declaración principal, pues no de otro modo se entendería que si analizo y no ve factible declarar la simulación con que efecto ésta prueba.

aportadas por las partes, máxime si se da luego antes de proferir sentencia.

Es claro, como ocurre también con la prueba de oficio, que el resultado de las pruebas solicitadas es aún desconocido y que por tanto no se sabe exactamente a quien favorecerá su contenido, así las cosas, en principio debe pensarse en que el juez lo hace de buena fe, y solo para dotar certeza o convicción a su hasta ahora probabilidad más verosímil, y se parte de la base que analizará con el mismo racero y según las reglas de la sana crítica a todo el material probatorio que sea recaudado, sin importar su origen o iniciativa.

7. QUE RECURSO PROCEDE. La norma indica que la decisión de dinamizar la carga de la prueba se puede generar de oficio o a petición de parte, y de manera sencilla informa que la misma será objeto de recurso, por tanto se observa incurrió en un yerro profundo que generará amplias discusiones e interpretaciones y habrá de esperar precedentes que den criterio claro al respecto y más aún sobre el puntual medio impugnativo procedente.

Ahora bien, la tradición jurídico procesal siempre ha indicado, y la conserva el CGP, que las decisiones de oficio no tendrán recurso alguno, luego podría pensarse que la única posibilidad de recurso sería cuando la decisión precede de petición de parte, más no para la que tiene origen en decisión íntima del juez. Sin embargo, consideramos que por criterio garantista, de debido proceso y respetando principio de legalidad, ante la mención del recurso debe mantenerse así sea de origen oficioso la decisión, la posibilidad del recurso, que para nuestro parecer sería de reposición. Esto porque también sabemos

que el recurso de apelación es excepcional y procederá solo cuando taxativamente la norma procesal lo indique.

De otro lado en nuestro criterio, habrá que diferenciar en la práctica si la decisión flexibilizadora proviene de iniciativa de parte y dentro de tal circunstancia, el determinar también si se trata de una decisión que accede o niega la proposición, pues en tal caso el escenario puede variar, a pesar de que en el ámbito jurídico y académico, todos pregonen únicamente la procedibilidad de la reposición.

En efecto, si la petición es atendida favorablemente el peticionario no tendrá recurso alguno por carecer de interés para recurrir, pero a su contraparte le asistirá el recurso de reposición, pues la decisión es ordenando la prueba y solo podrá atacarla por considerar que no cumple los requisitos generales de la misma.

De otro lado, si la flexibilización es a petición de parte y es decidida de manera adversa al petente, en nuestro criterio puede aplicarse el artículo 321 del CGP numeral 3 y procederá para éste el recurso de apelación, en efecto suspensivo si se niega de manera total el decreto probatorio, o en efecto devolutivo si se niega parcialmente la prueba, tal y como opera hoy en la solicitud y decreto ordinario de la prueba dentro de la actuación judicial.

Sabemos que se convierte casi en un galimatías (por cuanto es diferenciar si es de oficio o

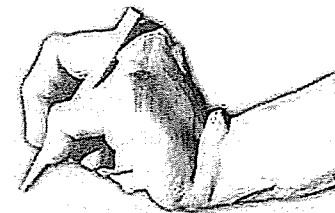
a petición de parte y dentro de esta última si es favorable o desfavorable total o parcialmente la petición) y que genera discriminación de recursos esta interpretación, pero es a lo que nos avoca el silencio legislativo al respecto.

De todas maneras consideramos no puede ser desdeñada esta tesis, a pesar de la taxatividad que exige el recurso de apelación, pero insisto es la forma más garantista y propia de respetar el principio de legalidad y derecho de defensa, máxime cuando la norma especial no especifica, pero sobre mismas situaciones de hecho sí hay norma general que informa cómo solucionar el vacío legal y procede la aplicación de las mismas soluciones en derecho.

Ahora bien, es claro que con la posibilidad ya vista de la dilación y demora que puede generar hacer la flexibilización de la carga antes del fallo y aunado a la posibilidad, para nosotros, de la procedencia del recurso de apelación en efecto suspensivo o devolutivo, no será un tarea fácil y pacifica la aplicación del dinamismo probatorio y podemos pensar en que se retorna a procesos con mora en su decisión, sin embargo es claro que lo que hay hoy es mucho mejor frente a lo que había, que no hay obra humana perfecta e inacabada y que todos debemos es velar por interpretar, percibir y adaptar a nuestra forma de ser y de pensar los aspectos positivos que introduce la nueva regulación.

Aspecto Histórico de la Prueba Pericial

Francisco Javier Trujillo Londoño*



Desde que se tiene conocimiento de las formas de convivencia de los diferentes grupos humanos sobre la faz de la tierra, ha existido el conflicto. Dentro de las diversas modalidades según la estructura gubernamental diseñada, se han preocupado por encontrar la mejor forma de resolverlos. En el ámbito de la heterocomposición, el eje central de los procesos o las actuaciones judiciales son los medios de prueba. Nos enfocamos en la prueba pericial.

Derecho comparado

Las primeras noticias las tenemos en Mesopotamia cuando los sumerios, aproximadamente en el 3000 antes de cristo, y provenientes del Asia central, dominan las demás razas. Existen los primeros vestigios en tablillas de barro y pieles de algunos animales, cuando decidieron dejar constancia de actuaciones judiciales de interés, posteriormente el papiro transmitió muchas cuestiones jurídicas.

Ya implementada la escritura, se produjeron códigos los cuales recopilaban normas, entre los más destacados están: el Codex Ur-Nammu de los Sumerios, el Código

* Abogado de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Procesal Civil y de Familia de la Universidad Autónoma. Magister en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Ex secretario académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Coordinador del Área de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma, Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Director Nacional del Concurso de Semilleros de Investigación del mismo Instituto, Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X "El Sabio" de Madrid (España), tesis "Odontología legal y forense en Colombia", laureada suma cum laude.