

Análisis de la presunción utilizada por la Sección Tercera del Consejo de Estado por medio de la cual se determina la suma base de liquidación en el lucro cesante cuando la víctima no probó sus ingresos



Presentado por:

GABRIEL ALBERTO JAIMES CABEZA

Trabajo de tesis para optar por el título de Magister en Derecho Constitucional

Universidad Externado de Colombia

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Constitucional

Bogotá, Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Directora de Departamento:

Derecho Constitucional: **Dra. Magdalena Correa**

Director Tesis: **Dr. Diego Moreno Cruz**

Examinadores: **Dr. Gonzalo Ramírez Cleves**

Dr. Luis Felipe Vergara Peña

“No existen hechos, existen interpretaciones”

(Friedrich Nietzsche, 1868 - 1872)

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	5
OBJETIVOS.....	8
1. LAS PRESUNCIONES EN EL DERECHO. Sus características esenciales y su concepto	9
2. LAS PRESUNCIONES EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.....	22
2.1 Presunciones judiciales.....	23
2.2 Presunciones legales.....	27
2.3. Breves consideraciones sobre la clasificación de las presunciones entre absolutas y relativas.....	37
3. CONTENIDO Y FUNDAMENTO DE LA PRESUNCIÓN SEGÚN LA CUAL SE FIJA LA SUMA BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA VÍCTIMA QUE NO DEMOSTRÓ SUS INGRESOS.....	39
4. ANALISIS DE LA PRESUNCIÓN QUE FIJA LA SUMA BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA VÍCTIMA QUE NO DEMOSTRÓ SUS INGRESOS FRENTE A LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LAS PRESUNCIONES.....	42
CONCLUSIONES.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	51

Análisis de la presunción utilizada por la Sección Tercera del Consejo de Estado por medio de la cual se determina la suma base de liquidación en el lucro cesante sobre la víctima que no probó sus ingresos

Introducción

A través del presente trabajo se pretende demostrar el mal uso que se hace de la figura jurídica de la presunción cuando a través de su etiqueta, el Consejo de Estado en los procesos de reparación directa fija como parte del daño material la suma base de liquidación de la víctima que no probó sus ingresos. Para ello, a partir de un estudio analítico de esta figura jurídica (la presunción) desde los planos teórico y filosófico se demostrará que la regla utilizada como presunción por el Consejo de Estado no es en realidad una regla presuntiva por cuanto no se adecua a las características esenciales de éstas reconocidas por la teoría y la filosofía del derecho contemporánea y que por lo tanto, no se puede fundamentar su uso a través de la etiqueta jurídica de presunción.

Debe señalarse que la figura jurídica de la presunción es una de aquellas entidades del derecho que aún no logra ofrecer una experiencia ordenada y sistematizada dentro de los ordenamientos jurídicos. Grandes problemas de orden teórico pueden detectársele a tal punto de encontrársele sin sentido, tal y como lo advertía Ronald Allen quien a través de un análisis conceptual y práctico de las presunciones, concluyó la necesidad de su eliminación conceptual en el sistema jurídico norteamericano:

La palabra “presunción” es sencillamente una etiqueta que ha sido aplicada a un amplio “disparate set” de decisiones referentes el propio modelo de juicio y la manera en la que

los hechos tienen su ocurrencia establecida para el propósito de resolver los conflictos judiciales. Estas decisiones son, o al menos deberían ser, alcanzadas a través del uso de regulares conceptos probatorios y políticas. Es más: es el fracaso en reconocer que la palabra “presunción” es simplemente la etiqueta aplicada a un rango de decisiones probatorias que ha causado esencialmente toda la confusión y controversia relativas a las presunciones. En lugar de dedicarse en la fútil tarea de reconciliar los múltiples usos de la palabra “presunción”, esfuerzos serían mejor gastos en el análisis de los problemas probatorios que existen por debajo del uso de la etiqueta.¹

No obstante lo anterior, y aunque se comparte hasta cierto punto la percepción de Rollan Allen² acerca del isomorfismo de las presunciones en relación con otras figuras jurídicas, para los fines de este trabajo se defenderá la tesis según la cual, las presunciones poseen un fundamento, un concepto, una estructura y una finalidad que las hacen únicas, útiles y necesarias en los ordenamientos jurídicos y que por tal razón, la creación y uso de las mismas deben ceñirse a tales criterios identificativos.

Sin embargo, la autonomía conceptual y práctica de las presunciones en el derecho sólo puede asegurarse una vez que su campo y modo de acción no se confunda con el campo y modo de acción de otros conceptos como el de la carga de la prueba o el de las ficciones jurídicas, de ahí la importancia de identificar cuál es el contenido ontológico de las presunciones, es decir, qué es lo que hace a una regla jurídica ser una presunción.

Para ello, en la primera parte del trabajo y con fundamento en los estudios desarrollados especialmente por JANAINA MATIDA y JOSEP AGUILÓ REGLA se establecerán cuáles son aquellas características ontológicas de las presunciones en el derecho, lo que permitirá brindar una conceptualización técnica y completa de esta figura jurídica. En la segunda parte del trabajo, y en contraste con lo concluido en la primera parte, se estudiarán las presunciones en el derecho colombiano a partir de la disposición normativa dispuesta en el artículo 66 del Código Civil que reconoce su existencia, modo de uso y

¹ ALLEN, Ronald. Presuntions in Civil Actions Reconsidered. Iowa Law Review vol. 843, pg 843-867, 1981.

² ALLEN, Ronald. Presuntions in Civil Actions Reconsidered. Iowa Law Review vol. 843, pg 843-867, 1981.

sus clases en el ordenamiento jurídico nacional, lo que permitirá i) limitar el concepto de presunción dentro del derecho colombiano y ii) demostrar que en Colombia tanto legal como jurisprudencialmente se le ha dado la etiqueta de presunción a reglas jurídicas que no cumplen con los criterios identificativos de las mismas.

Seguidamente, en la tercera sección de este trabajo, y a partir de algunas sentencias del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se expondrá el contenido, fundamentación y uso de la presunción utilizada por su Sección Tercera a través de la cual se establece la suma base de liquidación de la víctima que no probó sus ingresos, para finalmente, a través de un trabajo comparativo y argumentativo, demostrar que la regla judicial objeto de estudio no cumple con los criterios identificativos de las presunciones y que por tanto, no se debería fundamentar su uso con dicha etiqueta.

OBJETIVOS:

Objetivos generales:

- Efectuar un estudio teórico y filosófico acerca de las presunciones que nos permita de forma lógica y analítica establecer si la regla utilizada por la Sección Tercera del Consejo de Estado por medio de la cual se determina la suma base de liquidación en el lucro cesante sobre la víctima que no haya probado sus ingresos cumple con las características o especificidades propias de las presunciones.

Objetivos específicos.

- Reconocer cuáles son las características esenciales de las presunciones en el derecho.
- Determinar desde la teoría y filosofía del derecho un concepto técnico y completo de las presunciones.
- Limitar el concepto de presunciones en el derecho colombiano.
- Demostrar que en Colombia tanto legal como jurisprudencialmente se le ha dado la etiqueta de presunción a reglas jurídicas que no cumplen con los criterios identificativos de las mismas.
- Exponer el contenido, fundamentación y uso de la presunción utilizada por el Consejo de Estado por medio de la cual se establece la suma base de liquidación de la víctima que no probó sus ingresos para la determinación del lucro cesante.
- Demostrar que la regla judicial objeto de estudio no cumple con los criterios identificativos de las presunciones.

1. LAS PRESUNCIONES EN EL DERECHO. SUS CARACTERÍSTICAS ESCENCIALES Y SU CONCEPTO

El tratamiento tradicional de las presunciones la presentan como una herramienta procesal por medio de la cual el operador judicial a través de un razonamiento especial denominado razonamiento presuntivo, considera un hecho no probado como si fuera verdadero desde la prueba de otro hecho diverso que se identifica como hecho conocido o básico³.

La anterior estructura representada de forma lógica: Si P entonces Q. En donde P representa el hecho conocido, el hecho base y Q el hecho presumido.

En efecto, para Ullman Margalit⁴ la estructura de las presunciones siempre se presentan con un hecho básico P cuya ocurrencia confirmada conduce el agente al hecho Q⁵. Por su parte, el profesor JOSEP AGUILÓ REGLA reconoce la estructura de las presunciones jurídicas de la siguiente manera:

“

- a- Un hecho presunto: lo sospechado, lo conjeturado.
- b- Uno o varios hechos base: Los indicios o señales.
- c- Una conexión entre ellos. Entre el hecho base y el hecho presunto hay un enunciado de presunción; es decir, un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de un(os) hecho(s) a otro(s) hecho(s).⁶”

³ MATIDA, Janaina. En defensa de un concepto mínimo de presunción. Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, No. 93, 2018, pag. 93 – 111.

⁴ ULLMAN-MARGALIT, Edna. On presumption. The Journal of Philosophy, vol. 30, p. 143-163, 1983.

⁵ Sin embargo, dicha estructura si bien responde a la estructura de la mayoría de las presunciones existentes en los ordenamientos jurídicos, no abarca la estructura de la totalidad de ellas, pues basta con pensar en la presunción de inocencia de la que no se puede extraer con exactitud el presupuesto fáctico exigido para la aplicación de la consecuencia jurídica.

⁶ AGUILÓ REGLA, Josep. Las presunciones en el Derecho. AFD 2018 (XXXIV), pp. 201 – 228, ISSN: 0518-0872.

Nótese entonces que éste último reconoce otro elemento, la existencia de un nexo que autorice válidamente al interior del ordenamiento jurídico la aplicación de la presunción. En ese sentido, el concepto de validez implica por una parte la necesidad de que las presunciones encuentren respaldada su existencia por una fuente del derecho (validez formal) y por otro lado, que su existencia y uso se encuentre fundamentada en una razón constitucionalmente admisible (validez material).

Pero cuál debe ser aquel fundamento? considérese el hecho de que si las presunciones consisten en que el juez de por probado un hecho a partir de la prueba de otro, significa que para fines del proceso, el operador judicial propone bajo presunción un hecho como verdadero, como si hubiese sucedido en el mundo real⁷, lo que permite establecer tal y como lo señala JOSEP AGUILÓ REGLA⁸, que las presunciones pertenecen al razonamiento teórico, pues en este razonamiento, *“la presunción es una inferencia teórica que lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera”*⁹. Su resultado no implica necesaria correspondencia con el razonamiento práctico, es decir, este tipo de razonamiento propone institucionalmente una verdad, pero esta verdad es contingente en cada caso en concreto.

“Este tipo de presunciones – como se ha dicho – pertenecen al razonamiento teórico (tienen naturaleza proposicional); ello no obsta, sin embargo, para que puedan formar

⁷ Al respecto, el profesor Ferrajoli señala que a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la jurisdiccional, en el estado de derecho, es una actividad no sólo práctica o prescriptiva, sino también teórica. Incluso es una actividad prescriptiva que tiene por necesaria justificación una *motivación* total o parcialmente cognoscitiva. Es más la prueba permite que el derecho se haga real, más objetivo y más accesible. En rigor, la prueba es un aspecto fundamental del derecho porque es su conexión con la realidad. El derecho sin prueba no sería sino una suerte de matemática abstracta o un relato de ficción. La prueba hace terrenal al derecho, lo hace partícipe del mundo de los hombres. Pero lo hace también justo; porque de un derecho perfectamente coherente e ideal pero aplicado a tontas o sin consideración con la realidad sería inocuo. (FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón teoría y garantismo penal-. Madrid: Trotta S.A, 2001)

⁸ AGUILÓ REGLA, Josep. Las presunciones en el Derecho. Universidad de Alicante- AFD. 2018 (XXXIV), pp 201 – 228, ISSN: 0518-0872.

⁹ AGUILÓ REGLA, Josep. Las presunciones en el Derecho. Universidad de Alicante- AFD. 2018 (XXXIV), pp 201 – 228, ISSN: 0518-0872.

parte de un razonamiento práctico. Que sean (o puedan ser) un fragmento de un razonamiento práctico no cambia en absoluto su naturaleza teórica.”¹⁰

En ese sentido, este enunciado propositivo al cual se llega a través del uso de la presunción tiene una característica muy especial, pues como lo señala el profesor AGUILÓ REGLA *“En este razonamiento, (...) La garantía expresa una regla de presunción que se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad”*¹¹.

Es decir, no obstante su naturaleza teórica, la proposición del razonamiento presuntivo debe fundarse en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad, lo que implica que la misma debe estar encaminada hacia la búsqueda de imponer una verdad, aunque una verdad para fines dentro del proceso judicial, lo cual permite identificar un aspecto esencial del razonamiento presuntivo que tiene que ver con la pretensión de verdad procesal. En otras palabras, si se atiende que el uso de las presunciones busca dar por “probado” un hecho desconocido, y que las pruebas necesariamente tiene que tener una conexión con la realidad, la proposición teórica formuladas por el uso de las presunciones que pretende suplir la existencia de la prueba del hecho desconocido, debe demostrar un acercamiento a lo que probablemente sucedería en la realidad (juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad). En ese orden de ideas, el fundamento y finalidad de la existencia y uso de las presunciones debe estar encaminado hacia la pretensión de verdad, y al aceptarlo al interior de un ordenamiento jurídico permite racionalizar el uso de las mismas.

¹⁰ AGUILÓ REGLA, Josep. Las presunciones en el Derecho. Universidad de Alicante- AFD. 2018 (XXXIV), pp 201 – 228, ISSN: 0518-0872.

¹¹ AGUILÓ REGLA, Josep. Presunciones, verdad y normas procesales. Universidad de Alicante. Isegoría No. 35, julio – diciembre 2006. ISSN:1130-2097

En otras palabras, si bien el sistema de libre valoración de la prueba confiere amplias facultades al juez en dicha labor, esto no quiere decir que los jueces puedan hacer lo que quieran en temas de valoración probatoria, de hecho esta tarea se encuentra limitada por diferentes factores, entre ellos las figuras jurídicas creadas para ejercerse, como por ejemplo, las presunciones, las inferencias, la carga de la prueba y otras que generan facilidad y operatividad en la labor de valoración, pero que a la vez, la limitan en torno a los límites conceptuales y estructurales que cada una de estas figuras jurídicas presenta. Así las cosas, con la finalidad de dotar de autonomía y especificidad al uso de las presunciones en el derecho, se propone con lo dicho hasta aquí que su creación y utilización se encuentre limitada por su pretensión de verdad y no por otro valor constitucional como la equidad, la igualdad o la paz, entre otros, los cuales pueden fundamentar -y de hecho fundamentan- la creación y uso de otras instituciones propias de la valoración probatoria para la determinación de los hechos, pero no el de la presunción.

Al respecto, la profesora Janaina Matida con su texto "*En defensa de un concepto mínimo de presunción*", ha demostrado la necesidad de establecer un criterio de corrección conceptual que justificara la autonomía de las presunciones frente a otros conceptos relativos a la determinación de los hechos, y que este criterio de corrección debía estar basado en compromisos epistemológicos con la verdad, pues a su consideración, dado que la premisa fáctica construida configura un presupuesto de la decisión judicial, aquella debía ser proyectada de tal manera que hubiese la mayor correspondencia entre las proposiciones fácticas consideradas verdaderas dentro del proceso judicial y la realidad objetiva, y en ese sentido, para ella sería presunción toda regla que contara con los fundamentos empíricos, con el hecho básico y sobre todo, la autorización de prueba en contra, pues si el fundamento de las presunciones se limita a la pretensión de verdad, su proposición puede ser derrotada ante evidencias que demuestren lo contrario.¹²

¹² "Con todo, la tarea requiere primero la defensa de un criterio de corrección conceptual que justifique la autonomía de las presunciones ante otros conceptos relativos a la determinación de los hechos; es aquí

Ahora bien, dotar de justificación autónoma a las presunciones a través de la verdad, conlleva ineludiblemente a enfrentarse a un dilema ya tratado y discutido tanto por la teoría del proceso como por la teoría de la prueba acerca de si es alcanzable la verdad en el proceso judicial, discusión que interesa a este análisis en la medida que identificará

donde hay que recurrir a la idea de que hay diseñar el proceso en los días de hoy es pensarlo desde un compromiso epistemológico que el mismo debe asumir, dado que la premisa fáctica adecuadamente construida configura un presupuesto de la decisión judicial. En otras palabras, es imperioso reconocer una vez por todas que llegar a una decisión justificada implica aplicar la norma “Se(sic) P (predicado fáctico), entonces Q (consecuencia normativa) si y solo si, se ha determinado la ocurrencia de P en el caso individual”. Así las cosas, la determinación de los hechos debe ser proyectada de modo a que haya la mayor correspondencia posible entre las proposiciones fácticas consideradas verdaderas dentro del proceso judicial y la realidad objetiva y, a la vez, no debe dejar de ofrecer herramientas alternativas, útiles en las situaciones en que se enfrente elevadas dificultades en corroborar la hipótesis desde las pruebas producidas.

El lugar de las presunciones – la autonomía conceptual de las presunciones en el derecho – solo pueden garantizarse una vez que su campo de incidencia no se confunda de otros conceptos. Dadas las características de sus supuestas “especies”, actualmente, sí que su campo de incidencia se sobrepone al campo de incidencia del razonamiento probatorio (con las llamadas presunciones judiciales), de la carga de la prueba (con las llamadas presunciones relativas sin regla de experiencia y hecho básico), de la ficción jurídica (con las llamadas presunciones absolutas).

En mi opinión, la regla que implique la determinación de la verdad sin la prueba de un hecho básico y que admiten prueba en contrario encajan con perfección en la explicación ofrecida por el concepto de la carga de la prueba. Esto porque, más allá de expresar cualquier preocupación de producir en el proceso descripciones fácticas que probablemente reflejen la realidad objetiva, sirven para determinar cuál de las partes debe ocuparse de abandonar la inercia – si es que tiene interés de evitar el resultado procesal desfavorable. Además las reglas que toman algo por verdadero cerrando la posibilidad de discusión a través de la prohibición de la prueba en contrario pueden ser reconocidas a las ficciones jurídicas sin perjuicios explicativos. Ya fuller y finalmente, los razonamientos que conducen de la prueba de unos hechos a otros no conocidos deben ser asumidos por lo que son – razonamientos – y no más ser explicados a través de la misma terminología empleada para etiquetar supuestos en los que el legislador ha pretendido exactamente restringir la actividad intelectual sobre los hechos (presumidos) del juzgador. El abandono del tratamiento tradicional resultaría una mayor claridad sobre cuando el juez formula la premisa fáctica de la decisión bajo inferencias probatorias epistémicas, y cuando se le presentan situaciones en la que se ve obligado a completarlas con inferencias probatorias normativas; es decir, cuando concluye por la ocurrencia de los hechos controvertidos por la aplicación de la directriz de la libre (y se espera racional) valoración de cuando ve su libertad de razonar sobre los hechos restringida por reglas.

Quedarían justificadas bajo el concepto de presunción las reglas que contaran con los fundamentos empíricos, hecho básico y autorización de prueba en contra. La reunión de estos requisitos expresaría una finalidad no compartida por ninguna otra herramienta de determinación de los hechos; ofrecer una segunda mejor respuesta sobre los hechos a través de las reglas jurídicas que condensan generalizaciones empíricamente adecuadas a representar el mundo como él es. Servirían, pues a los momentos en los que, feliz o infelizmente, los hechos tendrían que ser decididos mediante la aplicación de reglas, pero no por ello desconectado del compromiso epistémicos que los proceso deban buscar desarrollar. Un lugar algo más pequeño, pero sin duda, sería garantizado al concepto de presunción.” MATIDA, Janaina. En defensa de un concepto mínimo de presunción. Jueces para la democracia vol. No. 93, 2018, pag. 93 – 111.

claramente el fundamento y finalidad del uso de las presunciones (criterio de validez material).

En su libro “*La prueba de los hechos*”, el profesor Michele Taruffo¹³ de forma clara aborda el problema de la verdad en el proceso, identificando (no de forma exclusiva) dos tipos de razones por las cuales el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático, lo que indica que produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso.

1. Se refiere a la relación que puede o debe establecerse entre verdad judicial y verdad material.
2. Se refiere al lugar que se atribuye a la verdad de los hechos en la teoría del proceso.

Frente al primero de ellos que por la claridad que lo expone me permito citarlo, lo describe así:

Esencialmente se trata de saber si hay identidad o analogía entre esas concepciones de la verdad o bien si la verdad del proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquella es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por “verdad judicial” y menos aún establecer qué se entiende por verdad “*tout court*”.

Los juristas habitualmente intentan escapar de este problema recurriendo a una distinción: habría, por un lado, una verdad “formal” (o judicial o procesal) que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una verdad “material” (o histórica, empírica o, simplemente, verdad) referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales. Es habitual también distinguir entre una verdad “relativa”, que es típica del proceso, y una verdad “absoluta”, que existiría en algún lugar fuera del proceso.

¹³ TARUFFO, Michele. *Las pruebas de los hechos*. Editorial Trotta S.A. 2002, 2005. Madrid.

“La distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente “distinta” y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto a la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal.”¹⁴

Pues bien, de lo anterior se puede concluir que la verdad procesal no puede desligarse de forma absoluta de la verdad material, aunque a aquella se llegue a través de los medios cognoscitivos y procedimientos propios del proceso judicial, esto es, las pruebas, pero éstas por tener una pretensión de contacto con la realidad hace que la verdad procesal no se pueda desligar de la verdad material, no obstante, si bien ello identifica en parte el concepto de la verdad procesal, no permite establecer el concepto de verdad material y ello, es el fondo del fundamento del segundo punto problemático planteado por el profesor Taruffo, quien señaló al respecto:

“Una forma muy difundida para resolver (o, mejor, para disolver) la cuestión consiste simplemente en afirmar que el proceso en cuanto tal no tiene nada que ver con la búsqueda de la verdad de los hechos. Esta afirmación es típica de las teorías que el proceso sirve para resolver controversias y no para producir decisiones verdaderas, pero tiene también espacio fuera de esas teorías cuando se quiere evitar afrontar las dificultades de la relación entre verdad procesal y verdad *tout court*. Así, se dice, por ejemplo, que la única verdad que importa es la que es establecida por el juez en la sentencia, ya que fuera de ella no hay ninguna otra verdad que interese al Estado o a la administración de justicia o, mucho menos, a las partes. En resumen, el problema de la verdad de los hechos es eludido en la medida en que la verdad es, de una forma u otra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso en general.

(...)

En realidad, no es solo la definición de la prueba lo que permanece dudoso: también la forma de entender la estructura de la decisión judicial queda ampliamente indeterminada si no se especifica cuál es la relación entre la decisión y los hechos, es decir, si se puede,

¹⁴ TARUFFO, Michele. Las pruebas de los hechos. Editorial Trotta S.A. 2002, 2005. Madrid. Pp. 24-25.

o no, si se debe o no tender a reconstruir los hechos con el máximo de veracidad posible.”¹⁵

Bajo tal panorama, el concepto de verdad en el contexto del proceso judicial ha sido fundamentado desde distintas teorías que van desde aquellas que defendían que una de las finalidades de las pruebas en los procesos judiciales era conllevar a la verdad absoluta de los hechos, hasta otro extremo, según las cuales resultaba imposible llegar a la verdad, proponiendo como fines del proceso otros, como por ejemplo, la resolución pacífica de conflictos, entre otros.

En desarrollo de dicha discusión se fueron elaborando los conceptos de verdad absoluta, verdad relativa y verdad procesal, así como también, aquellas teorías que pretendían desconocer la verdad como un concepto necesario dentro del proceso por creerlo desde algunas visiones filosóficas como un concepto ideal, subjetivo e inalcanzable¹⁶. No obstante, hoy por hoy se acepta que el proceso tenga como fin determinar una verdad procesal buscando de alguna manera una cercanía con la realidad material, tal y como lo señaló Ferrajoli:

“El proceso judicial busca la verdad, pero esta búsqueda no siempre es absoluta, menos puede convertirse en el fin que justifica los medios. El proceso judicial busca la verdad por medio de la prueba. Ésta persigue tener un conocimiento completo de las cosas sobre las cuales deberá aplicarse una consecuencia jurídica. Pero, como el absoluto es imposible para el hombre, lo probado será siempre un mero acercamiento a la verdad, sin llegar nunca al conocimiento total de un hecho.”¹⁷

En conclusión, la verdad procesal es un concepto que se encuentra limitado por lo único y exclusivamente demostrado en el proceso a través de sus metodologías propias y sus

¹⁵ TARUFFO, Michele. Las pruebas de los hechos. Editorial Trotta S.A. 2002, 2005. Madrid. Pp. 24-25.

¹⁶ TARUFFO, Michele. Las pruebas de los hechos. Editorial Trotta S.A. 2002, 2005. Madrid. Pp. 24-25.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón teoría y garantismo penal-. Trotta S.A - 2001. Madrid.

mecanismos para ello, y su valoración, dependerá de la cercanía a la realidad objetiva con la que sea expuesta.

Así las cosas, si se acepta la pretensión de verdad que tienen las presunciones al interior del derecho, esta pretensión debe entenderse como una herramienta institucional que pretende cumplir con un máximo esfuerzo de acercamiento a la realidad cuando la prueba del hecho desconocido no esté al alcance del Juez, pero siempre y cuando sí se encuentre demostrado el hecho que la regla exige para la aplicación de la presunción, lo que requiere entonces el hecho presunto, fruto de los razonamientos presuntivos, es que se fundamente en procesos cognoscitivos de expectativas reales, como los procesos probabilísticos o empíricos que permitan aceptar de forma razonable que muy probablemente de suceder el hecho P suceda el hecho Q.¹⁸

Finalmente, si se acepta también que la pretensión de verdad como el fundamento y finalidad del uso de las presunciones al interior de los ordenamientos jurídicos no pretende la verdad absoluta pero sí un acercamiento a ella, el hecho presunto debe poder ser derrotado ante pruebas que demuestren otra realidad, es decir, la regla presuntiva debe establecer un hecho presunto basado en condiciones de normalidad, regularidad o alta probabilidad, estas reglas deben condensar generalizaciones empíricamente adecuadas, generalizaciones que permitan de rodear de seguridad el hecho presunto en torno a la verdad, pero que al mismo tiempo acepte que pueda ser derrotado ante otra segunda mejor respuesta.

“Por veces los arquitectos del sistema jurídico tratan de compatibilizar la búsqueda de la verdad mediante generalizaciones, dado que, en algunas situaciones, las

¹⁸ Señala el profesor AGUILÓ REGLA: *“Si la regla de la presunción es aceptada, es decir, si se considera que está fundamentada, que expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, lo seguro es atenerse a ella. Es decir, el papel primario de la regla de presunción es aproximarnos a la verdad en el sentido material de la expresión.”* En *Presunciones, verdad y normas procesales*. Universidad de Alicante. Isegoría No. 35, julio – diciembre 2006. ISSN:1130-2097

generalizaciones son lo mejor que tenemos a modo de evitar un máximo de resultados injustos. Se trata pues, de que las presunciones sirvan precisamente a situaciones en las que hay que reconocer la necesidad de una segunda respuesta. Pero no una segunda mejor respuesta cualquiera, sino que una segunda mejor respuesta que es comprometida con la realidad objetiva, con el acercamiento a la verdad.”¹⁹

Esta característica de las presunciones también fue identificada por Peña y Austin quienes advirtieron que “*aceptar una regla de presunción quiere decir que estamos dispuestos a modificar la conclusión si la nueva información nos es proporcionada*”.²⁰

Posición que comparte JOSEP AGUILÓ REGLA cuando señala:

“Es decir, el papel primario de la regla de presunción es aproximarnos a la verdad en el sentido material de la expresión. De ahí se sigue, me parece, una función secundaria (derivada) que también cumplen las reglas de presunción como las aquí consideradas. Esta función está íntimamente relacionada con la derrotabilidad antes aludida del razonamiento presuntivo. Desde la perspectiva procedimental o dialéctica cumplen también la función de distribuir la(s) carga(s) de la argumentación o de la prueba. Lo seguro de atenerse a la regla presuntiva no estriba en que siempre y en cada caso sea más probable la verdad del resultado que la regla arroja, sino en que de manera general (de ahí su carácter de regla) esas reglas son más seguras y, por tanto, lo seguro es atenerse a lo que ellas determinan como verdadero. Quien acepta la regla de presunción y se opone a la conclusión corre, naturalmente, con la carga de la argumentación y/o de la prueba.”²¹

En conclusión, la derrotabilidad es otra característica esencial de las presunciones, lo que implica que toda regla de presunción para que así sea considerada, debe dar posibilidad a que se demuestre otra circunstancia fáctica a la determinada como hecho presunto en el proceso.

¹⁹ MATIDA, Janaina. En defensa de un concepto mínimo de presunción. *Jueces para la democracia*, No. 93, 2018, pag. 110, ISSN 1133-0627.

²⁰ PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DÍEZ, Txetxu. La inferencia de los hechos presuntos en la argumentación probatoria. En *Anuario de Filosofía del Derecho*. T. XVIII, 2001.

²¹ AGUILÓ REGLA, Josep. *Presunciones, verdad y normas procesales*. Universidad de Alicante. Isegoría No. 35 , julio – diciembre 2006. ISSN:1130-2097

Así las cosas, de acuerdo al desarrollo anterior, se han reconocido cuatro características esenciales de las presunciones, a saber:

1.- Estructura: Las presunciones presentan una estructura de regla que se representa así: Si P entonces Q, donde p son los hechos probados, conocidos o bases, y Q resulta ser el hecho desconocido o presunto.

2.- Es un razonamiento teórico. Se afirma que el razonamiento presuntivo es un razonamiento teórico porque tienen naturaleza proposicional, sin embargo ello no es obstáculo para que también eventualmente puedan formar parte de un razonamiento práctico. Es decir, los juicios de verdad referidas por estas presunciones son juicios empíricos cuya verdad es contingente, pero como se verá en el siguiente punto, tienen un contenido de normalidad, regularidad o probabilidad.

3.- Pretensión de verdad: Del desarrollo expuesto líneas arriba se concluyó que el fundamento y finalidad de las presunciones en el derecho se concentra en la pretensión de verdad, pero que dicha verdad corresponde a la verdad procesal la cual si bien, se accede a través de los procedimientos y mecanismos cognoscitivos propios del proceso, al tratarse de razonamientos probatorios, indudablemente debe tener una conexión con la realidad, y en ese orden de ideas, si bien se acepta que las presunciones no pretendan llegar a una verdad absoluta, su fundamento y fin se centra en que con su utilización se acerque al máximo posible de la realidad cuando el hecho desconocido no esté al alcance del Juez, pero sí se encuentre demostrado el hecho que la regla exige para la aplicación de la presunción. Así las cosas, se afirmó que para que ello ocurra la conexión que debe existir entre el hecho base y el hecho presunto debe estar basada en consideraciones de normalidad, de probabilidad y/o de regularidad, Con mayor claridad lo expone el profesor JOSEP AGUILÓ REGLA:

“El enunciado de presunción se acepta porque se considera que está fundado, que expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad; y, por ello, lo más confiable es atenerse a lo que el enunciado establece. Su papel primario, es por lo tanto, aproximarnos a la verdad material en el sentido material de la expresión. Ahora bien, la seguridad de atenerse al enunciado de presunción no estriba en que siempre y en cada caso sea más probable la verdad del resultado que dicho enunciado arroja, sino en que de manera general es lo más probable, y por lo tanto, lo racional es atenerse a lo que ellos determinan como verdadero.”²²

4.- Derrotabilidad. Se refiere a que si aparece una nueva información, se puede rechazar la presunción. En otras palabras, el razonamiento presuntivo es por naturaleza un razonamiento derrotable.

Así las cosas, una vez identificadas las características que deben diferenciar a las presunciones de otras figuras jurídicas, se puede emitir un concepto general sobre ellas que condense estas especificidades y sirva como parangón para determinar al interior de los ordenamientos jurídicos pese a la etiqueta que se utilice, cuáles reglas se constituyen como presunciones y cuáles no.

En ese sentido, las presunciones jurídicas deben ser comprendidas como normas con estructuras de regla (si p entonces q) que buscan proponer a partir de un hecho base y ante la ausencia de pruebas que demuestren lo contrario, una verdad contingente fundada en razones de normalidad, regularidad y/o alta probabilidad de verdad.

Ahora, si bien es cierto la doctrina tradicional ha desarrollado una diferenciación de las presunciones entre legales y judiciales, y entre las que admiten prueba en contrario y las que no, se considera que tales clasificaciones, en especial la última de ellas, resultan ser

²² AGUILÓ REGLA, Josep. Las presunciones en el Derecho. Universidad de Alicante- AFD. 2018 (XXXIV), pp 201 – 228, ISSN: 0518-0872.

inútiles y dificultan el estudio analítico de las presunciones²³, y en ese sentido, se entenderán como presunciones sólo y exclusivamente aquellas reglas jurídicas que contengan las características ya reconocidas.

²³ “Hablar de presunciones legales y judiciales, relativas y absolutas, es mantener una etiqueta que sirve a todo, y por ende, no sirve para nada: sirve para todo porque sirve tanto a expresar deferencia como desconfianza hacia los juzgadores; como para demostrar indiferencia con la verdad como preocupación a la determinación de los hechos lo más cercano posibles a la realidad objetiva. No sirve para nada porque, cuando su terminología pasa a ser empleada siempre bajo la exigencia de más explicaciones que aclaren en qué sentido son usadas (si como regla que distribuye la carga de la prueba, si como cercanas a las ficciones, si como razonamientos sobre los hechos realizados por el Juez), en realidad son esas explicaciones adicionales las que satisfacen la labor de generar la comprensión.” MATIDA, Janaina. En defensa de un concepto mínimo de presunción. Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, No. 93, 2018, pag. 108.

2.- LAS PRESUNCIONES EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

En Colombia, el artículo 66 del Código Civil reconoce la existencia de las presunciones de la siguiente manera:

Art. 66. Presunciones. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá no probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias

Como puede apreciarse dicha disposición de carácter legal es la que reconoce la existencia de la figura de la presunción en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que implica a su vez, reconocer la competencia de los jueces en aplicarlas cuando las circunstancias fácticas y jurídicas se lo exijan de conformidad con las reglas intrínsecas del ordenamiento jurídico, que como lo señaló JANAINA MATIDA debe procurar por dotar de autonomía y funcionalidad al concepto y figura jurídica de presunción dentro de él.²⁴

Asimismo, fíjese que reconoce una estructura lógica como la que se ha venido describiendo, es decir, el resultado de presumir depende de los motivos específicos que conlleven a ello (si Q entonces P), motivos que como lo deja entrever el inciso segundo de la citada disposición normativa, pueden ser identificados por la ley (a través de procedimiento legislativo) en cuyo caso, dichas reglas se denominarán presunciones legales. Por otra parte, se ha reconocido que el razonamiento presuntivo es una especie

²⁴ MATIDA, Janaina. En defensa de un concepto mínimo de presunción. Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, No. 93, 2018, pag. 108.

del razonamiento probatorio²⁵, y en ese sentido en un sistema de libre valoración probatoria, este tipo de razonamientos pueden ser desarrollados por el Juez, pero esta vez sin la orden emitida por el legislador para ello.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano reconoce dos tipos de presunciones jurídicas a partir de la autoridad donde se realiza el razonamiento presuntivo, es decir, si el razonamiento presuntivo se hace por el legislador, las presunciones a las que llegue el juez en función de la aplicación de la regla presuntiva se denominarán presunciones legales, pero por otro lado, si el razonamiento presuntivo lo desarrolla el juez, las presunciones se denominarán presunciones judiciales.

Pero antes de entrar al análisis individual de cada uno de estos tipos de presunción, debe resaltarse que dentro del contenido del artículo 66 del Código Civil también se encuentra otra aparente clasificación de las presunciones, en aquellas que admiten prueba en contrario, conocidas en la doctrina como presunciones legales *ius tantum* y aquellas que no, identificadas como presunciones *iure et iure* (de pleno derecho), clasificación que como se verá en su debido momento, afecta el análisis lógico de la figura jurídica de las presunciones en el derecho.

2.1 Presunciones Judiciales (presunciones *hominis*):

Las presunciones judiciales también conocidas como presunciones *hominis* o de hombre son aquellas presunciones por medio de las cuales, a través del razonamiento

²⁵ García Amado, JUAN ANTONIO. Bonorino, PABLO RAÚL. *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Colección Filosofía Derecho vol. 36. Editorial Comares. Granada, España, 2014.

presuntivo, el operador judicial da por probado un hecho a partir de otro que sí fue objeto de prueba.²⁶

La estructura de este tipo de presunciones se adecua a la estructura general de presunciones que identificamos líneas atrás (si P entonces Q), donde el juez al acreditar probado un determinado hecho o hechos, haciendo uso del razonamiento presuntivo, da por probado dentro del proceso otro u otros hechos.

Tal y como se enunció en el capítulo anterior, para que el Juez pueda hacer un adecuado uso del razonamiento presuntivo, su fundamento debe estar dirigido a la determinación de un hecho no probado bajo una pretensión de verdad, a través de análisis probabilísticos, de normalidad o de alta probabilidad que deben partir de un hecho ya demostrado.

Bajo tales premisas, piénsese en el siguiente ejemplo:

En una universidad del país, el grupo de derecho constitucional presentó en un día determinado el examen final del semestre, dicho grupo lo componen 40 estudiantes, por lo que se presentaron 40 exámenes. El día que el profesor entregó las notas, señaló que de los 40 exámenes en uno de ellos un estudiante olvidó consignar su nombre e identificación, motivo por el cual consideró dicho examen como inexistente. Cuando registra las notas el docente se puede percatar que el único estudiante que faltaba por la nota era Felipe. Durante la entrega los exámenes, efectivamente a un estudiante no le fue entregado (Felipe), motivo por el cual, Felipe le

²⁶ AGUILÓ REGLA, Josep. Las presunciones en el Derecho. Universidad de Alicante- AFD. 2018 (XXXIV), pp 201 – 228, ISSN: 0518-0872.

reclama al docente explicándole que el examen sin nombre era el suyo y que si bien lo había olvidado, las circunstancias permitían establecer ello por lo que reclamó una recalificación. El docente sin motivo diferente a la ausencia de identificación del examen se negó y le recomendó dirigirse a las autoridades competentes de la Universidad, lo que efectivamente Felipe realizó sin que tuviera respuesta alguna por parte de ellas.

Al ver tal situación, Felipe interpone una acción de tutela ante los estrados judiciales, y luego de haberse presentado las pruebas respectivas el juez determinó que si el grupo se componía de 40 estudiantes y se presentaron 40 exámenes y solo uno no se marcó, se podía presumir que el examen sin nombre correspondía al estudiante que dentro de la lista de estudiantes no registraba la nota, es decir Felipe y, en ese sentido ordenó a la Universidad adelantar lo respectivo para que el docente procediera a generar la recalificación del examen.

El ejemplo anterior presenta un enunciado que contiene un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, lo que los juristas llaman generalmente como *“máximas de la experiencia”*. La virtud del ejemplo radica en que en él se hace presente el razonamiento presuntivo que apunta de forma clara a una respuesta determinada respecto de la pregunta de la naturaleza de las presunciones. Como diría el profesor AGUILÓ REGLA, podemos recurrir a diferente terminología, pero todo señala en la misma dirección. La pretensión que incorpora el estudiante y que aplica el juez es de verdad: el enunciado de presunción (la garantía del razonamiento presuntivo) es una proposición; el razonamiento del juez, es un razonamiento teórico; el razonamientos del juez, y del estudiante, versa sobre una cuestión de creencias y no de preferencias²⁷.

²⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. Las presunciones en el Derecho. Universidad de Alicante- AFD. 2018 (XXXIV), pp 201 – 228, ISSN: 0518-0872.

En efecto, la presunción que se presenta en el ejemplo anterior reúne todas y cada una de las especificidades y características reconocidas hasta este momento y que permiten dotar de autonomía y funcionalidad a las presunciones dentro de los ordenamientos jurídicos. Veamos:

1.- Estructura: En el ejemplo expuesto se tiene que el o los hechos bases son: Grupo de 40 estudiantes que presenta examen final, de los 40, 39 obtuvieron nota y uno no porque el estudiante obvió registrar su nombre e identificación. Asimismo, puede identificarse del ejemplo anterior el hecho presunto: el examen que carece de identificación pertenece al estudiante que no registra nota. Ahora bien, la conexión que une a estos dos enunciados y que le otorga validez dentro del derecho tiene que ver con dos aspectos, el primero tiene que ver con requisito de forma, que el uso de la presunción judicial sea reconocido por el ordenamiento jurídico y que haya sido creada por la autoridad competente, en nuestro caso el Juez, y el segundo, que la presunción se fundamente y cumpla con los fines constitucionales para lo cual han sido creadas, lo que se explicará en la característica número 3.

2.- Es un razonamiento teórico. En el caso objeto de estudio, el razonamiento que realiza el juez es efectivamente un razonamiento teórico, porque se trata de una cuestión de creencias y no de preferencias, pues se pretende creer que al estudiante que no se registra con nota es el estudiante que olvidó registrar su nombre en el examen, en el ejemplo Felipe, conclusión que pretende proponer sin que ello haya ocurrido necesariamente en la realidad.

3.- Pretensión de verdad: Fíjese que en nuestro caso así sucede, pues existe una altísima probabilidad que el examen sin nombre pertenezca a Felipe, pues él es el único del grupo que no registra la nota. Sin embargo, esa alta probabilidad no permite que

dicha conclusión pertenezca a la dimensión de la verdad absoluta, y por tanto, puede ser derrotada.

4.- Derrotabilidad. En el caso puesto como ejemplo se tiene que también se cumple con esta característica, pues el hecho de que se presuma que el examen sin identificar es de Felipe, no quiere decir que ello constituya una verdad absoluta, sin embargo, en situaciones donde no exista más información resulta razonable llegar a esa conclusión por su alto grado de probabilidad. Pero piénsese que durante el debate probatorio la universidad allega una prueba que demuestra que ese día del examen Felipe no asistió a clase, y que la persona que presentó el examen era un estudiante que concurría como asistente por lo cual no aparecía en la lista del docente. Esta información permite derrotar la presunción al demostrar la excepcionalidad del hecho.

En conclusión, las presunciones judiciales como herramienta para la determinación de los hechos en el proceso cuando la prueba de uno de ellos no se encuentre al alcance del juez y éste sea necesario para la conformación de la premisa fáctica requerida para la decisión judicial, permiten pese a la ausencia probatoria que el Juez adopte una decisión sin la exclusión del acercamiento con la realidad objetiva, lo que valida el compromiso epistemológico del derecho y del proceso judicial con la verdad, pero para que ello sea así, la presunción judicial deberá cumplir con las características esenciales de estructura, razonamiento teórico, pretensión de verdad y derrotabilidad que técnicamente exigen las presunciones en el derecho.

2.2. Presunciones legales:

Las presunciones legales son aquellas presunciones que han sido creadas por el legislador a través del procedimiento legislativo bajo la estructura de regla, por medio de

la cual se le ordena al operador judicial que de presentarse cierto o ciertos hechos debe dar como probado otro. Para el profesor JOSEP AGUILÓ REGLA las presunciones legales son “(...) *son mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobada suficientemente.*”²⁸

En ese orden de ideas, nótese que este tipo de presunciones se adecua a la estructura presentada para las presunciones judiciales, donde si bien, el Juez en su función de operador de la regla jurídica, debe al demostrarse el hecho P aplicar la consecuencia jurídica, esto es, dar por probado el hecho Q, no es de él de donde nace el razonamiento presuntivo. En ese sentido, si bien algunos autores niegan la condición de presunción a las presunciones legales por cuanto el juez no desarrolla ningún razonamiento presuntivo, en este trabajo no se comparte tal apreciación, por cuanto aquí no se reconoce al sujeto como una característica ontológica de las presunciones, sino lo que se plantea, es que lo que caracteriza a las presunciones es que se constituyan a partir del razonamiento presuntivo, para lo cual resulta necesario en la norma de presunción, la estructura, su naturaleza de razonamiento teórico, su pretensión de verdad y su derrotabilidad.

En efecto, la estructura de la presunción legal y judicial corresponde a la misma, sin embargo, para evaluar las demás características (razonamiento teórico, pretensión de verdad y derrotabilidad) debe señalarse que se debe partir de la idea que en los ordenamientos jurídicos y en especial en el colombiano, las figuras de las presunciones se presentan de forma irracional e incoherente precisamente porque dentro de nuestro orden no se han tomado la labor de identificar las características y especificidades de las presunciones en el derecho, motivo por el cual, es posible encontrar dentro de nuestro orden legal, presunciones legales que no cumplan con los criterios identificativos de las

²⁸ AGUILÓ REGLA, Josep. NOTA SOBRE PRESUNCIONES DE DANIEL MENDOCA. Doxa volumen 22, p. 660-660, 1999.

presunciones (por lo que no deberían reconocerse como tales), y precisamente ello constituía uno de los objetivos de este trabajo, la identificación de las características propias de las presunciones en el derecho que permitieran identificarla y diferenciarla frente a otras figuras jurídicas con el fin de dotar de autonomía y funcionalidad a la misma.

Para efectos de demostrar lo anterior y también con el fin de demostrar que es posible reconocer dentro del ordenamiento jurídico presunciones legales que cumplan con las características identificadas de las presunciones y otras que no, se procederá a realizar el análisis correspondiente frente a dos presunciones legales reconocidas en nuestro ordenamiento, así:

Presunción 1	Presunción 2
<p data-bbox="237 1031 651 1062">Artículo 116 del Código Civil.</p> <p data-bbox="237 1140 797 1446">Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los treientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.</p>	<p data-bbox="823 1031 1300 1062">Artículo 155 de la ley 56 de 1998.</p> <p data-bbox="823 1140 1382 1667">Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos sus antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. <u>En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.</u></p>

De su análisis fácilmente se puede concluir que estas dos presunciones legales cumplen con el primer requisito, la estructura general de las presunciones en el derecho, esto es,

las dos poseen un o unos hechos bases sobre los cuales, una vez probados, el juez debe aplicar la consecuencia jurídica, que en últimas es dar por probado otro hecho que no fue demostrado.

En la primera presunción el hecho base lo constituye el nacimiento del hijo dentro del matrimonio, y el hecho presunto, la paternidad del esposo. Mientras que frente a la segunda presunción, el hecho base lo constituyen los hechos de ser padre y no demostrarse capacidad económica en el proceso de alimentos y el hecho presunto, que el sujeto devenga al menos un salario mínimo legal. En relación con la segunda característica, esta es, que pertenezcan a la categoría de un razonamiento teórico, las dos cumplen con tal criterio, pues los dos hechos presuntos buscan imponer una situación fáctica que puede o no presentarse en la realidad, pero que de todas formas es impuesta en el proceso de forma pragmáticamente concluyente.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión de verdad, se tiene que frente a la primera presunción, la conclusión que de ella se desliga, es decir, la paternidad, surge a partir de consideraciones probabilísticas que permiten señalar que en la mayoría de los casos, el hijo que nace dentro de la vigencia de un matrimonio, es hijo del marido, pero también es razonable reconocer, que excepcionalmente ello pueda no ser así. Por lo que la alta probabilidad de la ocurrencia del hecho presunto siempre y cuando se acredite el hecho base, constituye el criterio de validez material de la regla presuntiva dentro del ordenamiento jurídico y por tanto, se concluye que la primera presunción cumple con este requisito, la pretensión de verdad.

Por otra parte, resulta más complejo abordar esta característica frente a la presunción número 2, y lo es por cuanto hacer un análisis de la relación entre el hecho base y hecho presunto en este caso desde la pretensión de verdad, resulta mucho más complejo debido a las realidades sociales y económicas reales del país, y en ese sentido, para

una mayor claridad y facilidad de estudio, el presente análisis se apoyará de lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C – 388 del 2000 la cual realizó el control de constitucionalidad precisamente al artículo 155 de la ley 56 de 1998:

3- Las presunciones legales (*iuris tantum*) no son otra cosa que hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias previas o hechos antecedentes. En efecto, al establecer una presunción, el legislador se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos. Ahora bien, a diferencia de las llamadas presunciones de derecho (*iuris et de iure* o auténticas ficciones jurídicas), las presunciones legales admiten prueba en contrario²⁹

Fíjese que en el anterior párrafo la Corte reconoce las características que en este trabajo se le ha reconocido a las presunciones en el derecho. La estructura³⁰, su razonamiento teórico³¹, su pretensión de verdad³² y su derrotabilidad³³.

Por otro lado, en relación a la necesidad de un fundamento material de las presunciones legales, la Corte señaló:

5 Como lo ha aceptado esta Corporación, la existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso. En efecto, nada obsta para que el legislador, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 388 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁰ Cuando señala: “Las presunciones legales (*iuris tantum*) no son otra cosa que hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias previas o hechos antecedentes”.

³¹ Cuando señala “no son otra cosa que hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas”.

³² Cuando dice “al establecer una presunción, el legislador se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes”

³³ Cuando dice “las presunciones legales admiten prueba en contrario”.

jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, establezca presunciones legales.³⁴

De la anterior cita se puede extraer que la Corte Constitucional reconoce que la existencia de las presunciones en el derecho o específicamente las legales, deben fundamentarse en la protección de bienes jurídicos particularmente valiosos (como por ejemplo la verdad en el proceso) y que por otra parte, señala que para que el legislador pueda crear presunciones legales, éstas deben respetar las reglas de la lógica (y en ese sentido, respetar la claridad conceptual) y de la experiencia (como por ejemplo, a la que se allega a través de razonamientos inducto-probabilístico como el presuntivo). Sin embargo, la Corte en esta sentencia extrañamente concluyó que el fundamento de la presunción legal estudiada lo constituye no la pretensión de verdad, sino la equidad, cuando aseguró que: *“En estos casos, la ley reconoce la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas por razones de equidad, al nivel de presunciones.”*³⁵

Por su puesto que no se está de acuerdo con tal planteamiento, entre otras cosas porque el argumento justificativo no resulta lógico, en primer lugar señala que la ley reconoce la existencia de situaciones reiteradas y recurrentes, pero ello tiene que ver más con la pretensión de verdad que con la equidad, y en segundo lugar señala que son situaciones comúnmente aceptadas, sin embargo, es claro que en la comunidad no se acepta la conexión en la relación de hechos sobre la presunción objeto de estudio, por muchos motivos, entre ellos el nivel de desempleo. A nuestro parecer, la Corte erró en llegar a esa conclusión y ello conllevó al error teórico de asumir una característica a las presunciones que no le pertenece. Este tipo de razonamientos frente a las presunciones son los que han conllevado al análisis como el efectuado por Ronal Allen³⁶, pues el

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 388 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 388 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶ ALLEN, Ronald. Presuntions in Civil Actions Reconsidered. Iowa Law Review vol. 843, pg 843-867, 1981

fundamento de la equidad puede ser el fundamento de otra institución como las ficciones jurídicas, y en ese contexto, la figura de la presunción se va diluyendo al no dotársele de una especificidad que la diferencie de otros conceptos.

Lo anterior conllevó a que se le diera la etiqueta de presunción a una regla de carácter legal que técnicamente no lo es, lo que perjudica la coherencia con la que deben estar estructurados los sistemas jurídicos. Llama poderosamente la atención el siguiente análisis desarrollado por la Corte Constitucional sobre la conexión entre el hecho base y el hecho presunto de la presunción 2.

6 la disposición demandada establece que, en el proceso de alimentos, cuando no resulte posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, se deberá presumir que devenga, al menos, el salario mínimo legal. Se pregunta la Corte si la presunción legal que se analiza, es razonable. En otras palabras, si la misma responde a las leyes de la lógica o de la experiencia.

Podría alegarse que una gran parte de la población colombiana que vive por debajo de la línea de pobreza o que carece de un empleo estable se encuentra en una circunstancia diferente a aquella que la disposición demandada presume. En consecuencia, la presunción legal no sería *razonable* dado que se distancia de las condiciones en las que efectivamente se encuentra un sector considerable de la población a la cual se dirige.

Sin embargo, para que una presunción resulte razonable no es necesario demostrar que la totalidad de los sujetos que puedan eventualmente ser afectados se encuentren en las condiciones de hecho establecidas en la correspondiente disposición. Si ello fuera así, no solo se estaría desvirtuando completamente la naturaleza y el carácter de las presunciones, sino que resultaría francamente imposible o inútil establecer presunciones.

Por lo anterior, el *juicio de razonabilidad* de una norma que consagra una presunción legal se supera, simplemente, al verificar que, según las reglas de la experiencia, es altamente probable que, de ocurrir el hecho base o antecedente, se presente el hecho presumido. La probabilidad se define, principalmente, a partir de datos empíricos. No obstante, en algunas circunstancias, el legislador puede encontrar probable la conducta que, según el ordenamiento jurídico, debe seguir un sujeto razonable (o lo que en derecho civil aún hoy se denomina un buen padre de familia). En consecuencia, para consagrar una determinada presunción, la ley puede tener en cuenta expectativas sociales adecuadamente fundadas, siempre que tales expectativas puedan ser razonablemente satisfechas. No obstante, tratándose de una presunción legal, la

persona afectada tendrá siempre la oportunidad de demostrar la inexistencia del hecho presumido.³⁷

En el anterior análisis la Corte Constitucional acierta en cuanto a señalar que el juicio de razonabilidad de las presunciones se debe concentrar en verificar si las reglas de la experiencia permiten establecer la alta probabilidad de ocurrencia del hecho presunto siempre y cuando suceda el hecho base, consideración que atiende perfectamente hasta lo acá planteado y que reconoce en las presunciones una fundamentación y finalidad propia e identificable.

No obstante pese a la anterior afirmación, advierte que de manera excepcional las presunciones legales pueden encontrar fundamento en expectativas sociales, siempre que dichas expectativas puedan ser realizadas, alejándose del criterio de pretensión de verdad y adentrándose a criterios que eventualmente pueden constituir el fundamento material de otras figuras jurídicas propias de otros métodos de determinación de los hechos. Se insiste que el derecho organizado como una estructura sistemática exige la coherencia de todos sus elementos.

En últimas, la Corte Constitucional reconoce que la presunción del salario mínimo en el proceso de alimentos se fundamenta es en la equidad, sin embargo, de una lectura detallada de sus argumentos, pareciera que el fundamento de dicha regla se enfoca más en la igualdad que en la equidad, de todas maneras, lo importante acá, es que la aparente presunción legal estudiada se aleja del criterio de pretensión de verdad considerado en el presente trabajo como criterio identificativo de las presunciones en el derecho.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 388 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Ahora, en lo que respecta al criterio de derrotabilidad, la presunción número 1 cumple a cabalidad con el mismo, pues incluso el ordenamiento jurídico reconoce a través del artículo 117³⁸ una de las maneras de derrotar dicha presunción y en ese orden de ideas, se puede concluir que en la presunción 1 se cumplen a cabalidad con los características o especificidades reconocidas a las presunciones en el derecho.

Por su parte, el análisis de la derrotabilidad frente a la presunción 2 no resulta tan claro, pues de una interpretación estricta del contenido de la disposición normativa, especialmente de su aparte final (En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.), se puede concluir, que el legislador quiso que frente a la conclusión aparentemente presuntiva no pudiese presentarse prueba en contrario. No obstante, la Corte Constitucional reconociendo la necesidad de derrotabilidad de las presunciones legales, señaló que al ser ésta una presunción legal podía ser derrotada:

Adicionalmente, las disposiciones constitucionales y legales que establecen, la responsabilidad de los padres respecto de los hijos (CP art. 42), el deber de solidaridad familiar (CP art. 42), y los derechos fundamentales de los menores (CP art. 44), permiten que la sociedad albergue, con justicia, la expectativa de quienes han decidido optar por la maternidad o la paternidad, están dispuestos a hacer lo que esté a su alcance para aumentar su nivel de ingresos de forma tal, que puedan satisfacer las obligaciones que tienen para con sus hijos. En las circunstancias anotadas, resulta razonable que el legislador presuma que los padres devengan al menos el salario mínimo legal.

No obstante, no escapa de esta Corte el hecho de que muchas personas no pueden conseguir un lugar de trabajo estable o se ven obligadas a trabajar en circunstancias de indignidad, recibiendo, como contraprestación sumas de dinero inferiores del salario mínimo legal. Sin embargo, quien se encuentre en estas circunstancias tiene la posibilidad de demostrar, en el curso del proceso de alimentos que su ingreso mensual no alcanza la suma establecida en la presunción que se demanda.³⁹

³⁸ Artículo 117 C.C. Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto, se exceptúan los casos en que hubiese reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambo, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 388 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Resáltese nuevamente el hecho que la Corte considerara razonable la presunción legal por consideraciones diferentes a la pretensión de verdad, y que ante la consagración de pretensión absoluta en la presunción, vía interpretación concedió tal característica al enunciado normativo indicando que debe entenderse que quien no se encuentre en las circunstancias previstas en la regla, tiene la oportunidad de demostrarlo, en otras palabras, tal y como se construyó la regla presuntiva resultaba imposible establecer su carácter de derrotable.

Así las cosas, mientras que del enunciado contenido en la presunción número 1 se pueden identificar claramente los elementos ontológicos de las presunciones en el derecho, en el enunciado contenido en la aparente presunción identificada como número 2, no los cumple, pues específicamente desconoce la característica propia que identifica y diferencia a las presunciones de figuras como la carga de la prueba o las ficciones jurídicas, esto es, la pretensión de verdad.

En conclusión, el ejercicio desarrollado permite demostrar la incoherencia con la que han sido creadas y usadas las presunciones en el ordenamiento legal colombiano, donde de forma indiscriminada se ha usado dicha figura de manera indistinta para fines diferentes y con fundamentos diferentes, desorden que ha impedido reconocer sobre todas ellas elementos comunes que permitan abordar un estudio lógico y general sobre las mismas, y al mismo tiempo reconocer su importancia. Identificar las características y fundamentos de estas entidades jurídicas permiten afirmar que cada herramienta que el derecho nos brinda debe tener un uso identificable en un contexto determinado y en ese orden de ideas, asegurar que en virtud de la sistematicidad y orden del derecho, lo que pueda hacer la una no lo puede hacer la otra.

Por ello resulta necesario trabajos como el presente, que reconoce la necesidad de llenar de autonomía y funcionalidad a las figuras jurídicas que componen el sistema jurídico,

en el presente caso frente a las presunciones, porque sólo de esta manera se logra la coherencia necesaria para la correcta estructuración que exige el derecho, pues no solo la claridad conceptual se desliga de esto, sino que precisamente a partir de ello, se despliegan ciertos efectos que permiten cumplir de forma adecuada los fines dejados a la administración de justicia a través de la aplicación del derecho.

2.3. Breves consideraciones sobre la clasificación de las presunciones entre presunciones relativas y presunciones absolutas.

Como se señaló al inicio de este trabajo, esta clasificación perjudica el análisis lógico de las presunciones en el derecho, por cuanto nuevamente de forma indiscriminada se le dio la etiqueta de presunción a algo que no lo tenía. Se tiene que esta clasificación reconoce la existencia de presunciones relativas, que hacen referencia a aquellas presunciones que permiten prueba en contrario, en contraposición, a las presunciones absolutas, que no permiten prueba en su contra.

En este trabajo con el fin de dotar de autonomía a las presunciones en el derecho se ha resaltado que sólo será presunción, aquella regla que se desarrolle mediante el uso del razonamiento presuntivo. El razonamiento presuntivo es un razonamiento inducto-probabilístico que determina a partir de las máximas de la experiencia que es muy probable que un hecho suceda cuando otro se presente, es decir, en el derecho las presunciones sirven para que los operadores jurídicos a través de ellas y ante ausencia de elementos de prueba directos, puedan determinar una verdad, una verdad procesal que por sus características propias no puede considerarse como absoluta, y en ese sentido, la verdad que pretende alcanzar las presunciones debe ser derrotable.

Así las cosas, sin la necesidad de extenderse más en esto, las presunciones denominadas como absolutas y/o conocidas como *iure et iure* no pueden ser consideradas como presunciones, pues no comparten las características de pretensión de verdad y derrotabilidad, sino lo que busca es imponer una posición jurídica sobre la realidad de los hechos, una consecuencia más inclinada hacia los efectos propios de las ficciones jurídicas que hacia los generados por las presunciones. Por lo que se propone mediante este argumento eliminar esta distinción que entre otras cosas, había ya sido reconocida por la doctrina de vieja data.

3.- CONTENIDO Y FUNDAMENTO DE LA PRESUNCIÓN SEGÚN LA CUAL SE DETERMINA LA SUMA BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA VÍCTIMA QUE NO DEMOSTRÓ SUS INGRESOS.

En el presente capítulo se pretende identificar el fundamento y las características de la presunción usada por la Sección Tercera del Consejo de Estado según la cual en procesos de reparación directa se presume la suma base de liquidación de la víctima que no probó sus ingresos. Para ello, se traerán a modo de ejemplo algunas decisiones del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que permitan identificar tales aspectos, pero sin hacer precisión alguna sobre ellos, lo cual efectivamente se hará en el siguiente apartado.

Pues bien, en sentencia del 28 de agosto de 2014 radicado 36149 la Sala Plena del Consejo de Estado en proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, aplicó la presunción objeto de estudio, y determinó pese a la ausencia de pruebas al respecto, la suma base de liquidación para el lucro cesante de la víctima que no probó sus ingresos. Veamos:

“En las mencionadas piezas procesales no existe indicación alguna acerca de la suma que el señor Delgado Sanguino podía obtener con ocasión de la labor económica realizada – aunque se hubiera manifestado en la demanda que se dedicaba a actividades de construcción y de comercio informal devengando \$600.000 pesos mensuales aproximadamente-, razón por la cual, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, hay lugar a aplicar la presunción según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, monto que será tenido en cuenta por la subsección para liquidar el lucro cesante.”

En otra oportunidad, en sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 38.738 la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó nuevamente esta presunción:

De otra parte, como quiera que no se allegó al proceso certificación laboral alguna respecto de la actividad laboral que desarrollaba la señora para el momento de los hechos, la Sala aplicará la presunción en cuya virtud se asume que toda persona que se encuentre en edad productiva – devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente.

Asimismo, en sentencia del 24 de julio de 2013 radicado 31031 con ponencia del Consejero MAURICIO FAJARDO GÓMEZ nuevamente dio aplicación a esta presunción:

La Sala lo estima procedente, puesto que si bien no se acreditó en el proceso que la víctima ejercía una específica actividad productiva para el momento del hecho, lo cierto es que el actor tenía para esa época 24 años de edad, por lo cual la Sala aplicará la presunción en cuya virtud se tiene que toda persona que se encuentre en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente.

Es decir, la presunción judicial determina que la víctima que demuestre que se encuentra en edad productiva y que no logra probar sus ingresos en el proceso, para efectos de establecer la suma base de liquidación en la indemnización del lucro cesante, se presume que devenga un salario mínimo mensual legal vigente. Por otra parte, en sentencia del 19 de julio de 2001 expediente 13.086 la Sección Tercera del Consejo de Estado dio aplicación a la misma presunción, pero en esta oportunidad expuso su fundamento:

“De acuerdo con lo anterior, resulta cierto el perjuicio material futuro sufrido por Jorge Alfredo Caicedo, en forma de lucro cesante. No está probada, sin embargo, su cuantía, razón por la cual, con fundamento en el principio de equidad, se dará aplicación a la tesis sostenida por esta Corporación en otras oportunidades, presumiendo, con fundamento en el hecho probado de que la víctima se estaba en edad de dedicarse a una labor productiva, que a partir de su egreso de la Armada Nacional, tendría oportunidad de obtener de su trabajo una suma equivalente al valor del salario mínimo mensual.”

Ahora bien, con la finalidad de establecer si el razonamiento aparentemente presuntivo que realiza la Sección Tercera del Consejo de Estado es acertado, en el siguiente capítulo se comparará el contenido expuesto en los apartes citados en las sentencias

referenciadas anteriormente con las características esenciales de las presunciones determinadas en el primer capítulo, advirtiéndose que por tratarse de una presunción judicial no requería, tal y como se sentó, una regla legal que obligase al juez a la conclusión de tal hecho presunto.

4.- ANÁLISIS DE LA PRESUNCIÓN QUE DETERMINA LA SUMA BASE DE LIQUIDACIÓN EN EL LUCRO CESANTE SOBRE LA VÍCTIMA QUE NO PROBÓ SUS INGRESOS - FRENTE A LAS CARACTERÍSTICAS ONTOLÓGICAS DE LAS PRESUNCIONES.

El daño y su cuantía han sido entendidos procesalmente como hechos que deben ser probados, por lo que según el principio del debido proceso, las víctimas deben probar la existencia del daño y la cuantía del mismo con el fin de que el operador judicial ordene su reparación. Respecto a los criterios que se deben tener en cuenta para reconocer la indemnización del perjuicio material de lucro cesante el Consejo de Estado ha indicado:

“El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser **cierto**, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser entonces actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública.”⁴⁰

Luego entonces, bajo tales criterios, la determinación de la cuantía del lucro cesante depende de los hechos que al respecto se hayan probado dentro del proceso, en otras palabras, de los daños padecidos en la realidad y demostrados al juez a través de los procedimientos y métodos propios del sistema judicial y en especial, del proceso contencioso administrativo en el contexto de la acción de reparación directa.

Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido flexibilizando tal carga a través de la creación y uso de aparentes presunciones judiciales que inciden básicamente en tres aspectos, la legitimación en la causa, la suma base de liquidación y

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Exp.-13.168

el periodo de causación. Para limitar el estudio en esta oportunidad sólo se hará alusión a la segunda clase de presunciones enunciadas y utilizadas por el Consejo de Estado, esto es, aquella presunción por medio de la cual se determina la suma base de liquidación del lucro cesante cuando la víctima no probó sus ingresos.

El problema se centra en que si se atiende a la afirmación anterior según la cual, se debe probar la existencia y cuantía del daño para su reparación, no resulta de todo claro que el mismo, es decir, el daño o su cuantía dentro del proceso, sea establecido a través de la figura de la presunción, por cuanto el hecho presunto, en estos casos la cuantía del daño, es un hecho que en el contexto de la presunción objeto de análisis, no se prueba. No obstante, esto de acuerdo al análisis desarrollado anteriormente podría encontrar su justificación en que si el daño es objeto de prueba y si dentro del proceso de reparación directa se pretende a través de la prueba tener el conocimiento más cercano a la verdad material sobre la existencia del daño, el hecho presunto, el que se da por “probado”, debe tener una conexión con esa realidad (pretensión de verdad) y solo en ese contexto, sí encontraría un sentido lógico, funcional y válido al interior del ordenamiento jurídico.

Pero para que ello suceda, al hecho presunto debe llegarse a través del razonamiento presuntivo realizado por el juez para lo cual se requiere: i) la formulación de una norma con estructura de regla que se adecúe perfectamente a la estructura de las presunciones, según la cual, si se prueba un hecho se debe dar por probado otro -Si P entonces Q – donde P es el hecho base o hecho conocido y Q el hecho presumido. ii) un razonamiento teórico, que implica la pretensión de proponer una situación en el proceso sin que sea necesario su efectiva ejecución en la realidad iii) una pretensión de verdad a la cual solo podría llegarse a través de razonamientos probabilísticos, de normalidad y/o de alta probabilidad y, iv) derrotabilidad, que exige que exista la posibilidad procesal de demostrar una situación distinta al hecho presunto.

Veamos, la aparente presunción judicial objeto de análisis determina que la víctima que demuestre que se encuentra en edad productiva y que no logre probar sus ingresos en el proceso, para efectos de establecer la suma base de liquidación en la indemnización del lucro cesante, se presumirá que devenga un salario mínimo mensual legal vigente.

Fíjese que la regla presuntiva que utiliza esta Alta Corporación se encuentra estructurada de la siguiente manera:

Hechos bases:

- edad productiva
- no probar los ingresos en el proceso

Hecho presumido:

- devenga un salario mínimo (para efectos indemnizatorios)

En cuanto a que dicha presunción se dé a través de un razonamiento teórico o proposicional, se tiene que busca imponer una situación dentro del proceso, sin importar si la situación tiene relación con la verdad material o no, en el presente caso, establecer la premisa fáctica según la cual toda persona en Colombia con edad productiva devenga un salario mínimo legal.

Ahora bien, esta aparente presunción empieza a desquebrajarse cuando se realiza su estudio bajo el parámetro de la pretensión de verdad, pues en un país como Colombia donde históricamente siempre ha registrado un porcentaje muy considerable de

desempleo⁴¹, donde un considerable número de personas se doblegan ante el trabajo informal en el que perciben un ingreso indigno al estar por debajo del salario mínimo legal vigente⁴², no es posible bajo el criterio de verdad, justificar el uso de esta presunción, de hecho, como se pudo establecer en el capítulo anterior, el Consejo de Estado la fundamenta en el principio de equidad, el cual como se ha señalado insistentemente en este trabajo, puede fundamentar otras figuras que pretendan la determinación de los hechos, pero no a las presunciones. En ese sentido, al considerarse a la pretensión de verdad como un criterio de corrección de las presunciones, el no cumplirse con el mismo conlleva a concluir que el razonamiento desarrollado por la Sección tercera del Consejo de Estado no debería tener la etiqueta de presunción.

Pero además, y pudiendo ser consecuencia directa de lo anterior, frente al análisis de la derrotabilidad debe decirse que esta presunción carece de esta característica necesaria para ser considerada estrictamente una presunción, pues impone la carga de probar hechos a través de evidencias inaccesibles en el sentido de que para la presunción objeto de estudio no resulta posible demostrar al Juez en el contexto colombiano, que la víctima en edad productiva no iba a recibir durante toda su vida probable un salario mínimo legal por ser estos hechos futuros e inciertos, y en ese orden de ideas, la conclusión a la que se llega en aplicación a la regla jurídica resulta imposible de derrotar.

Así las cosas, esta regla construida y utilizada por la Sección Tercera del Consejo de Estado no puede considerarse como una regla presuntiva, pues carece del uso del razonamiento presuntivo. Esta conclusión evidencia el mal uso al que se ha venido sometiendo a las presunciones, pues se utiliza su etiqueta para exponer no una

⁴¹ En la actualidad para el mes de noviembre de 2019, según cifras del DANE el nivel de desempleo se encontraba en 9.3%. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>

⁴² En la actualidad para el trimestre comprendido entre el mes de septiembre a noviembre de 2019, según cifras del DANE, la proporción del trabajo informal para hombre y mujeres fue del 45.7% y 48.3% respectivamente. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-informal-y-seguridad-social>

presunción, sino una ficción, una inferencia o una regla de la carga de la prueba, entre otras figuras jurídicas. Fíjese en estos casos cómo resulta de importante identificar estas situaciones, y resaltar la necesidad de identificar con técnica y rigurosidad las especificidades de estas figuras para que no sean utilizadas indistintamente.

Esta regla utilizada por el Consejo de Estado resulta más compatible con las ficciones jurídicas, lo que podría explicar su fundamento en la equidad, pero por otra parte, cabría preguntarse, si el juez puede utilizar con fundamento en la equidad la ficción jurídica para determinar el daño o su cuantía?

El jefe de la Escuela de la lógica de las Ficciones (Hans Vaihinger; "Das philosophie des "als ob", Leipzig 1991), enseñaba que un enunciado ficto es aquel que se precede de la expresión "como si", y que no corresponde con ninguna situación del mundo real, reconoce así mismo, dos clases de ficciones, las fuertes y las débiles, las primeras son aquellas que el enunciado no se puede corresponder con ningún acaecer presente, pasado o futuro, mientras que las segundas, son enunciados que no pueden corresponder con la realidad presente, pero pudo pasar en el pasado o acaecer en el futuro.

En ese sentido, se podría decir que el Consejo de Estado aplica una ficción en tanto y cuanto al desconocer la realidad política y económica del país determina que toda persona en edad productiva devenga un salario mínimo "como si" el Estado no padeciera de las patologías del desempleo y la informalidad. En ese sentido, el daño y/o su cuantía no podrían determinarse a través de las ficciones, pero al hacerlo bajo el ropaje de una presunción genera su procedencia y al mismo tiempo, avala la producción de sus efectos.

No obstante, teniendo en cuenta que dichos efectos se producen en el marco del sistema de responsabilidad civil extracontractual del Estado, se debe indagar si los mismos resultan ser justos, en los términos entendidos en este sistema. Para intentar dar respuesta a ello, debe recordarse que en el libro V de *Nicománo*, el cual constituye un referente casi que obligatorio en el estudio de la filosofía de la responsabilidad civil extracontractual, Aristóteles entendió que el núcleo de la justicia se encontraba en la igualdad y en ese sentido distinguió entre dos formas de justicia: la *justicia distributiva* que se aplica a la distribución de cualquier cosa compartida entre los sujetos que sean miembros de cierta comunidad; y la *justicia correctiva*, la cual pretende establecer el trato entre los propios individuos.⁴³

Así las cosas, el criterio de comparación con relación a la justicia distributiva, consiste en el mérito adoptado como criterio distributivo, es decir, cuando alguien recibe más o menos de lo que le corresponde de conformidad con el mérito o criterio distributivo adoptado, existe una injusticia. Por otra parte, se presenta una injusticia frente a la justicia correctiva cuando se le ocasiona un daño injusto a la otra persona, o cuando un sujeto para reparar el daño causado da más o menos de lo que equivalía el daño.

En ese contexto, piénsese que los resultados de la aparente presunción objeto de estudio, los cuales se refieren a la salida de recursos públicos del Estado (y en ese orden de ideas, distribuibles) para asumir reparaciones de daños aparentes que no fueron probados y resultan inciertos, generan beneficios injustos a las víctimas y pérdidas injustas al Estado, lo que afecta entonces los conceptos de justicia correctiva por cuanto al corregir un daño, genera otro al incrementar injustificadamente los bienes de la víctima y generarle pérdidas injustas al Estado, que como se señaló se trata de pérdida de recursos públicos. Y por otro lado, también afecta los contenidos de la justicia distributiva,

⁴³ Aristóteles. *Ética de Nicomaquía*. Gredos. Madrid. 1985.

pues le quita bienes distribuibles de la sociedad de forma injusta para otorgarlo a la víctima, limitando injustamente el plan de vida de todos los asociados.

En conclusión, los efectos generados a partir del uso de aparente presunción utilizada por el Consejo de Estado por medio de la cual se establece la suma base de liquidación de la víctima que no demostró sus ingresos, son injustos, y ello en parte se permite porque el mecanismo procesal utilizado para la determinación de la cuantía del daño no era el técnicamente adecuado, situación que genera una desconexión entre lo buscado y lo obtenido a través del uso del derecho y de las instituciones que la componen.

CONCLUSIONES

- A partir de un estudio analítico de las presunciones, se pudo establecer que la regla aparentemente presuntiva utilizada por el Consejo de Estado mediante la cual se determina la suma base de liquidación en el lucro cesante de la víctima que no demostró sus ingresos, no comporta las características esenciales de las presunciones y en ese sentido, no se le debería dar dicha etiqueta.
- Se reconoció que las características esenciales de las presunciones en el derecho son: i) estructura presuntiva según la cual a partir de un hecho probado se da por probado otro hecho (si P entonces Q), ii) son parte de un razonamiento teórico, iii) tienen pretensión de verdad y, iv) son derrotables.
- A partir de las características determinadas para la identificación e individualización de la figura jurídica de la presunción, según el cual éstas deben ser comprendidas como aquellas normas con estructura de regla (si p entonces q) que buscan proponer a partir de un hecho base y ante la ausencia que demuestren lo contrario, una verdad contingente fundada en razones de normalidad, regularidad y/o alta probabilidad de verdad.
- Se pudo demostrar que debido a la incoherencia e irracionalidad con la que se han desarrollado las presunciones en Colombia, se han creado aparentes presunciones legales (como la prevista en el artículo 155 de la ley 56 de 1998) y judiciales (como en la que se concentró este estudio) que no cumplen con las características esenciales de las presunciones, por lo que no deberían denominarse presunciones.
- A través de algunas pocas sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado se pudo exponer la estructura y fundamento de la aparente

presunción mediante la cual se determina la suma base de liquidación en el lucro cesante de la víctima que no demostró sus ingresos.

- Se demostró que la aparente presunción mediante la cual se determina la suma base de liquidación en el lucro cesante de la víctima que no demostró sus ingresos, carece específicamente de la pretensión de verdad y de la posibilidad de derrotarse, elementos que identifican e individualizan a las pretensiones en el derecho, motivo por el cual la regla estudiada no puede seguir siendo considerada como una presunción.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, Josep. Las presunciones en el Derecho. AFD 2018 (XXXXIV), pp. 201 – 228, ISSN: 0518-0872.

AGUILÓ REGLA, Josep. NOTA SOBRE PRESUNCIONES DE DANIEL MENDOCA. Doxa volumen 22, p. 660-660, 1999.

AGUILÓ REGLA, Josep. Presunciones, verdad y normas procesales. Universidad de Alicante. Isegoría No. 35, julio – diciembre 2006. ISSN:1130-2097

ALLEN, Ronald. Presuntions in Civil Actions Reconsidereted. Iowa Law Review vol. 843, pg 843-867, 1981.

Aristóteles. Etica de Nicomaquéa. Gredos. Madrid. 1985.

BERNAL PULIDO, Carlos. La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Universidad Externado de Colombia. 2013. Bogotá D.C.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón teoría y garantismo penal-. Trotta S.A - 2001. Madrid.

GAMA LEYVA, R. Las presunciones en el derecho y la argumentación, tesis de doctorado defendida en Alicante en 2010.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. BONORINO, Pablo Raúl. Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción. Colección Filosofía Derecho vol. 36. Editorial Comares. Granada, España, 2014.

KAUFFMAN, Arthur. Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. (1997, 1999). Segunda edición. Luis Villa Borda y Ana María Montoya – Traducción. 1999. Bogotá D.C.

MATIDA, Janaina. En defensa de un concepto mínimo de presunción. Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, No. 93, 2018.

MATIDA, Janaina. El derecho como punto de partida al concepto filosófico de presunción: la contribución de ULLMAN – MARGALIT. Teoría jurídica contemporánea. 1:1-1 junio 2016PPGD/UFRJ.

MENDOCA, Daniel. Presunciones. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, No. 21-I, 1998.

PAPAYANIS, Diego. Derechos y deberes de indemnidad. DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho, 35 (2012). ISSN: 0214-8676. PP – 691 – 716.

PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DÍEZ, Txetxu. La inferencia de los hechos presuntos en la argumentación probatoria. En Anuario de Filosofía del Derecho. T. XVIII, 2001.

RAWLS, Jhon. Teoría de la Justicia. París, Seuil, 1987, 2 edición 1997.

RESCHER, Nicholas. Dialectis: A controversy – Oriented Approach ti the theory of Knowledge. New York: State University of New York Press, 1997.

TARUFFO, Michele. Las pruebas de los hechos. Editorial Trotta S.A. 2002, 2005. Madrid.

TOULMIN, S. E. The uses of Argument. Cambridge University Press, 1958.

ULLMAN-MARGALIT, Edna. On presumption. The Journal of Philosophy, vol. 30, p. 143-163, 1983.

Corte Constitucional. Sentencia C – 388 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Exp.-13.168

Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2014 radicado 36149.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 38.738.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013 radicado 31031.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001 expediente 13.086.

<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>