



**UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**EL HECHO NOTORIO INCORPORADO DE OFICIO POR EL JUEZ AL
PROCESO CIVIL**

Trabajo Especial de Grado, presentado
como requisito parcial para optar al Grado
de Especialista en Derecho Procesal.

Autor: Olga Mireya Chacón T.

Tutor: Salvador Yannuzzi Rodriguez

Caracas, septiembre de 2009

UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Olga Mireya Chacón Tarazona**, para optar al Grado de Especialista en **Derecho Procesal**, cuyo título es: **El hecho notorio incorporado de oficio por el juez al proceso civil**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 30 días del mes de septiembre de 2009

SALVADOR YANNUZZI RODRIGUEZ

C.I. 3.967.821

**UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**EL HECHO NOTORIO INCORPORADO DE OFICIO POR EL JUEZ AL
PROCESO CIVIL**

Por: Olga M. Chacón Tarazona

Trabajo Especial de Grado de Especialista en Derecho Procesal, aprobado en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los _____ del mes de _____ de 2009.

DEDICATORIA

- A mi padre, que desde el cielo me ve y me cuida.
- A mi madre, hermanos y sobrinos.

AGRADECIMIENTO

- A la Virgen de Coromoto, a quien siempre recurro.
- Al profesor Salvador Yannuzzi, a quien acudí en momentos en que se me hacía difícil elegir un tema, respondiendo a mi preocupación al sugerirme el título del presente Trabajo, así como las bases doctrinarias y jurisprudenciales; demostrándome siempre su mejor disposición como tutor para que alcanzara el objetivo trazado.
- A mis hermanos y sobrinos, quienes siempre estuvieron pendientes del desarrollo y culminación de la presente investigación.
- A mi colega y amiga y hoy en día docente universitaria Eneida, por su iniciativa a colaborar conmigo, permitiéndome conocerle su vena instructora.
- A mi amiga, Betty, quien siempre me dio una palabra de aliento para seguir luchando hasta el final.

INDICE GENERAL

	Página
APROBACION DEL ASESOR	ii
APROBACIÓN DEL JURADO	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO	v
INDICE GENERAL	vi
LISTA DE SIGLAS.....	viii
RESUMEN	ix
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULOS.....	9
I.- DERECHO A LA PRUEBA Y PRINCIPIOS INFORMADORES ...	9
1.1. Fundamento Constitucional	9
1.2. Principios informadores	10
1.3. El debido proceso en la prueba.....	30
II.- LA PRUEBA JUDICIAL.....	34
2.1. Definición de prueba	34
2.2. Elementos constitutivos de la prueba judicial.....	43
2.3. Objeto de la prueba judicial.....	48
2.4. La carga de la prueba en particular.....	66
III.- VERDAD Y PROCESO.....	73
3.1. El principio dispositivo.....	73
3.2. El carácter público del proceso.....	79

3.3. Finalidad del proceso.....	84
3.4. Las facultades probatorias del juez (el juez como Director del Proceso en la búsqueda de la verdad).....	99
IV. EL HECHO NOTORIO.....	106
4.1. Cuestiones preliminares.....	106
4.2. Definición de hecho notorio.....	107
4.3. Elementos del hecho notorio.....	110
4.4. Distinción con otras figuras.....	113
4.5. Clasificación o tipos.....	117
4.6. Tratamiento en la legislación Venezolana.....	123
4.7. Tratamiento en el derecho comparado.....	124
V.- EL HECHO NOTORIO INCORPORADO DE OFICIO POR EL JUEZ AL PROCESO CIVIL.....	126
5.1. Consideraciones doctrinales.....	126
5.2. Jurisprudencia y examen crítico a la Jurisprudencia Vene- zolana sobre el hecho notorio.....	131
CONCLUSIONES.....	154
REFERENCIAS BILIOGRÁFICAS.....	156

LISTA DE SIGLAS

COPP.	Código Orgánico Procesal Penal
CPC.	Código de Procedimiento Civil
CRBV.	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
LOPNA.	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.
LOPT.	Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
LTDA.	Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

EL HECHO NOTORIO INCORPORADO DE OFICIO POR EL JUEZ AL PROCESO CIVIL

Autor: Olga Mireya Chacón Tarazona

Tutor: Salvador Yannuzzi Rodriguez

Fecha : septiembre de 2009

RESUMEN

La presente investigación, tiene por finalidad el análisis de la posibilidad que tiene el juez civil de incorporar de oficio un hecho notorio dentro del proceso sin vulnerar el principio dispositivo que le exige al mismo, se ciña a lo alegado y probado en autos por las partes, así como su el cumplimiento de su deber de tener por norte de sus actos la verdad. En su desarrollo se tomó en consideración la Jurisprudencia Venezolana en que se basa la doctrina del hecho notorio, en los diferentes tipos encontrados, como son el hecho notorio general, el hecho notorio judicial, el hecho notorio comunicacional y un último tipo tratado especialmente y definido a los efectos del presente trabajo, el hecho notorio inflación. Dicha jurisprudencia patria, trata del reconocimiento del auge de las comunicaciones escritas y audiovisuales que describen y observan hechos acaecidos en un momento determinado y que a pesar de formar parte del colectivo o de unos grupos determinados hacen que los hechos se conviertan en notorios y que el colectivo los tome como ciertos así no lo sean. El Juez como hombre que vive dentro de la sociedad no puede ser ajeno a ellos y si los mismos pueden ayudar a su decisión, se estima que los pueda incorporar de oficio en su sentencia en cumplimiento de lo estipulado en una ley superior al Código de Procedimiento Civil, como lo es la carta magna, garantizando como representante del Estado, una justicia idónea, equitativa y expedita, sin formalismos inútiles y haciendo que el proceso cumpla su función de instrumento fundamental para la realización de la justicia, tal como lo prevén los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Alcanzado dicho objetivo general, la presente investigación pretende contribuir con el avance de la especialidad procesal en el área civil, extrayendo elementos que permitan a futuro proponer las características del hecho notorio y brindar así nuevas perspectivas para el avance de la legislación nacional hacia el diseño y configuración procedimental de la regulación del hecho notorio en el Código de Procedimiento Civil. Todo ello, producto de una investigación documental, de tipo monográfico a nivel descriptivo.

Descriptor: Juez, facultades probatorias, principio dispositivo, partes, cargas, obligaciones, debido proceso, procedimiento, proceso, proceso civil, prueba, actividad probatoria, verdad, hecho, hecho notorio, incorporación de oficio.

INTRODUCCIÓN

El hombre en la búsqueda de la justicia a los problemas que se suscitan en la vida en sociedad, recurre a los órganos que le ofrece el estado en búsqueda de la protección jurídica que le ofrece a los particulares para resolver sus conflictos, obtener una solución a través de un operador de justicia que es el juez, y así evitar hacerse justicia por sus propias manos.

Desde que acude aun tribunal hasta que logre una decisión se dan una serie de pasos que regulan la actividad tanto de las partes como del juez, denominándose derecho procesal a la rama del derecho que estudia el conjunto de normas que regulan el proceso a seguir en los tribunales, mediante formas que están previamente determinadas por leyes, que informan acerca de los medios y las condiciones mediante las cuales los sujetos procesales, las partes y el juez expresan su voluntad jurídica en el proceso.

En cuando al proceso, para comprender de que se trata, es importante previo a su definición ofrecer la definición de procedimiento.

En palabras mas sencillas, para Carli, (1962, citado por Rengel, 1992, 174), el procedimiento es el conjunto de reglas que regulan el juego del proceso; mientras que el proceso es el conjunto de actos procesales tendientes a la sentencia definitiva, y que están en una relación de continente a contenido.

Para las partes, las formas para expresar esa voluntad, son esencialmente, la demanda o petición, la contestación, las pruebas y los recursos, y para el juez, son las resoluciones judiciales expresadas en

decretos, autos y sentencias; y es que el proceso se refiere a la conducta, el modo de obrar y actuar en el proceso por sucesivas manifestaciones de voluntad de las partes, correspondiéndole al juez aplicar la ley en el proceso dentro de su función pública de administrar justicia.

Esta función de administrar justicia la despliega mayormente cuando conoce, instruye o sustancia el proceso desde la presentación de la demanda hasta que decide la controversia sometida a su conocimiento y la ejecución que consiste en hacer efectiva la justicia.

También esa función de administración de justicia constituye un deber así como el deber de imparcialidad en el debate, consecuencia del principio de igualdad procesal manteniendo a las partes en sus derechos comunes o a cada parte en los derechos que le sean privativos, con el fin de mantener el equilibrio procesal y el deber de decidir, como materialización de la garantía constitucional que tienen los administrados al ejercicio del derecho a la defensa y a la asistencia jurídica (Art. 49 CRBV), correspondiéndole a los jueces garantizar esos derechos en el ejercicio de sus funciones (Art. 15 CPC)

En el proceso civil se le impone al juez la prohibición de proceder de oficio, es decir no puede iniciar el proceso sin previa demanda de parte, siguiendo el principio dispositivo, porque es a las partes a quienes les compete el impulso procesal y sólo por excepción puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la solicitan las partes (Art.11 CPC) y la obligación de buscar la verdad como norte de sus actos pero dentro de los límites de su oficio (Art. 12 CPC) ateniéndose a las normas de derecho y a lo alegado y probado en autos, de

manera que la verdad que él debe investigar en sus fallos no sea producto de sus conocimientos personales, sino aquella que emana de las actuaciones judiciales y ni siquiera puede aplicar la equidad como norma, sino cuando la ley lo faculta.

En la doctrina moderna, se enseña que la antigua sumisión del juez como esclavo del ordenamiento jurídico ha sido superada por la función productora del derecho, reconociéndole al juez dos poderes discrecionales; el poder de dirección en el proceso y el poder de investigar la verdad de los hechos a pesar de que en el proceso civil el principio dispositivo sujeta y restringe la actividad del juez para actuar de oficio sin que lo hayan pedido las partes en el expediente, y a su vez lo autoriza a proceder sin el impulso de las partes y a dictar cualquier providencia legal en resguardo del orden público o de las buenas costumbres. (Cuenca. 2000, T.I., 115)

Según lo dispone el artículo 11 de CPC, que aunado con lo estipulado en el artículo 12 *ejusdem*, en cuanto al comportamiento que debe observar el juez en el acto de dictar sentencia, quien debe atenerse a lo alegado y probado en el expediente de los hechos expuesto en la demanda y en la contestación y de los hechos invocados que hayan probado las partes y de la actividad complementaria que puede efectuar cuando así lo faculte la ley, pudiendo traer a juicio pruebas de los hechos para formarse su convicción cuando no le sea posible llegar a la verdad procesal con las pruebas aportadas por las partes.

Es importante resaltar, que en procedimientos donde prevalece el carácter social, la ley le ofrece al juez poderes más amplios para llegar a la verdad, permitiéndole una más amplia investigación probatoria, incluso obligando a inquirirla por todos los medios a su alcance, tal como lo prevé el

Art. 5 de La LOPT, así como impulsar de oficio el proceso hasta su conclusión según lo dispone el Art. 6 *eiusdem*; del mismo modo se observa en el procedimiento ordinario agrario contenido en la LTDA, dispone en su Art. 202, que los jueces podrán ordenar la práctica de cualquier medio probatorio que consideren necesario para el mejor esclarecimiento de la verdad, y en su Art. 203, le permite a los jueces ordenar de oficio la evacuación de pruebas que hayan sido promovidas por las partes y no hubiesen sido evacuadas.

Siendo los hechos alegados los que requieren ser probados para demostrar su veracidad; en cuanto a este punto es importante acotar que la doctrina distingue entre hechos que requieren ser probados y hechos exentos de prueba por ser de pública notoriedad como son los denominados hechos notorios, tal como lo prevé el in fine del artículo 506 del CPC., y el artículo 198 del COPP; se busca determinar cuándo un hecho se convierte en hecho notorio, y cuando un hecho deja de ser notorio, si los hechos notorios deben o no ser alegados por las partes, o si pudieran ser incorporados de oficio por el juez al proceso sin apartarse este del principio dispositivo en su condición de director del proceso.

El juez como encarnación del órgano judicial, al procurar la paz social y el logro de la justicia como fin último del proceso, podría incorporar de oficio al proceso civil, hechos determinados que por su trascendencia y difusión dentro de la sociedad se hacen del conocimiento del colectivo que lo reconocen como cierto (a pesar de que no lo sean), hechos que ocurren u ocurrieron durante un período de tiempo determinado y en especial si ellos ocurrieron durante un período determinado y en especial si ellos ocurren durante el lapso desde que se inicia la controversia hasta que se dicte sentencia.

Ahora bien, hay que tomar en cuenta la concepción doctrinaria del hecho notorio para comprender el tratamiento excepcional que recibe en el proceso, puesto que a pesar de que en principio los hechos deben ser probados, la notoriedad de los hechos es la excepción a la regla de la necesidad de la prueba. El tema del hecho notorio en los últimos años he tenido mucho relevancia en nuestro país así como en otros países, y su incorporación al mundo jurídico se observa en la Jurisprudencia Venezolana, por lo que de ella trataremos de extraer el tratamiento que le han dado los jueces al hecho notorio, tanto el alegado por las partes con el fin de prever si debe o no ser alegado por las partes o bien el que pueda ser incorporado de oficio por el juez al proceso civil, es decir que podamos deducir cual es la tendencia jurisprudencial

Se hace necesario resaltar que por mandato legal, el hecho notorio para ser incorporado al proceso, bien por las partes o bien por el juez, no requiere prueba, por lo que se pretende en este trabajo de investigación, es saber como va a ser constatada por el juez la notoriedad de un hecho previo a dictar el dispositivo del fallo.

Con referencia a lo anterior, llama la atención la excepcionalidad de relevancia de prueba que la legislación venezolana le da al hecho notorio en relación a la exigencia legal de la obligación que tienen las partes de probar sus alegaciones de hecho en el expediente.

A los fines de investigar como el juez civil puede incorporar de oficio la prueba del hecho notorio al proceso y sus implicaciones procesales, fue necesario pasearnos por los fundamentos constitucionales, principios, conceptos, clasificaciones, leyes nacionales y extranjeras, doctrina y Jurisprudencia Venezolana acerca del tratamiento actual que tiene este

tema, y para ello el estudio de la presente investigación se estructuró en cinco (5) capítulos.

El Capítulo I, se abre tomando en cuenta el derecho a la prueba que tiene todo ciudadano basado en la constitución y los principios generales del derecho; principios informadores que emanan directamente de la carta magna; todos ellos le dan forma al debido proceso previsto en ella el cual comprende la posibilidad y efectividad del ejercicio de las garantías procesales; pudiendo ejercer el control del mismo mediante la notificación, la publicidad, contradicción tanto de los actos procesales como de la prueba, exigir un trato de igualdad entre las partes y la imparcialidad del juez.

Para el desarrollo del Capítulo II, nos ubicamos en lo que es la prueba judicial, su definición, su ubicación en el campo de las ciencias fácticas, sus elementos constitutivos, su objeto, hechos fundamentales de la pretensión procesal, los hechos controvertidos y los excluidos de prueba, encontrándose dentro de ellos, los hechos notorios.

En el Capítulo III, Verdad y Proceso, se expone el principio dispositivo o de presentación de las partes, el cual se caracteriza que corresponde sólo a éstas, en el proceso, determinar el alcance y contenido de la disputa judicial y las limitaciones del juez, quien queda limitado a tomar en consideración en juicio, lo alegado y probado por las partes, por ser el objeto de la controversia una relación jurídico-privada; la importancia del carácter público del proceso como producto del desarrollo doctrinario por el avance del derecho público en campos que habían sido reservados al derecho privado, la solución del conflicto y la búsqueda de la verdad material como finalidad del proceso; así como las facultades probatorias que tiene el juez como director del proceso en el logro de la verdad, sus prohibiciones, límites y

alcances y las garantías que deben tener las partes en la actividad probatoria desplegada por este.

En el Capítulo IV, donde se desarrolla el hecho notorio en cuanto a su definición, elementos, su distinción con otras figuras, clasificación t su tratamiento tanto en la legislación venezolana como en el derecho comparado.

Y en el Capítulo V, el cual se subtitula al igual que el título de la presente investigación, *el hecho notorio incorporado de oficio por el juez al proceso civil*, se analizan las consideraciones doctrinales acerca del mismo y la Jurisprudencia Venezolana emanada de las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), y el examen crítico de las mismas en los diversos tipos que hemos encontrado como son; el hecho notorio general, el hecho notorio judicial, el hecho notorio comunicacional y el hecho notorio inflación; este último tratado separadamente en razón de los diversos criterios que han sostenido las diferentes Salas que conforman el TSJ.

Finalmente, se presentan las conclusiones a que llegó la investigadora a través del estudio realizado.

La importancia del desarrollo del presente trabajo, constituyó en recabar y analizar todo el material doctrinario, legal y jurisprudencial para proporcionar; a todo aquel que de una u otra manera tenga necesidad, bien para su saber personal o por intervención en una contienda judicial de tipo civil; de todos los aspectos a tomarse en cuenta para comprender -con todas sus limitaciones- , la actuación del juez, en cuanto a su facultad de incorporar de oficio un hecho notorio al proceso civil; teniendo por norte la verdad y la justicia.

Como último punto, resalto, que el resultado de la presente investigación, como todo tema de derecho, está sujeto a cambios motivados a las actualizaciones doctrinales, legales y jurisprudenciales, tanto en el país como en el extranjero; y del material documental encontrado, se desenvuelven las ideas de los capítulos que a continuación se exponen:

CAPÍTULO I

DERECHO A LA PRUEBA Y PRINCIPIOS INFORMADORES

1.1. Fundamento Constitucional

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece dentro de los derechos de los ciudadanos, las oportunidades que estos tienen para la obtención de pruebas a partir de su nacimiento,

El artículo 56, prevé el derecho que tiene toda persona a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre y a conocer la identidad de los mismos, mediante el derecho a ser inscritas gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley; en el artículo 28, las oportunidades que estos tienen para la obtención de pruebas, como el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre misma o sobre sus bienes consten en registro oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueron erróneo o afectasen ilegítimamente sus derechos; así como el acceso a información de interés para comunidades o grupos de personas. En el artículo 29; al prever la obligación del Estado a investigar los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Por otra parte, en su artículo 51, el derecho a representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. En su artículo 58, el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios que ella misma establece.

Ahora bien, en su artículo 49, referente al debido proceso, en su numeral primero, establece que toda persona tiene derecho además de ser notificada de los cargos que se le investiga, cargos que le informan y orientan en la búsqueda de la prueba para su defensa, tiene el derecho de acceder y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa y se establece que serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso; pudiendo recurrir a todos los medios para obtener pruebas, que le permita la Constitución dentro de la gama de los derechos que éste tutela.

1.2. Principios Informadores

1.2.1. Consideraciones generales acerca de los principios

Doctrinariamente se afirma que todo derecho positivo acepta unos principios rectores relacionados entre sí y que la esencia de los principios Generales del Derecho consiste en que constituyen normas básicas de la manifestación de creencias y convicciones de la sociedad cuya finalidad es resolver lagunas legales. Según Arce (1990, 13), hoy en día se ha ido más allá, y lo usual es que las leyes constitucionales modernas proclamen de norma solemne los valores creencias y convicciones del país. También se expresan en relación a los problemas fundamentales de su organización de allí que el significado jurídico de los principios reside en el valor intrínseco, razón (*ratio*) que tiene en la comunidad, y su codificación va unida a su propia existencia o vigencia social.

Así pues, en la actualidad, son las constituciones las que recogen estos principios como valores y normas, los cuales fijan un sustento obligatorio al derecho positivo que se forma.

El proceso en general, se encuentra enmarcado dentro de un conjunto de principios informadores, que emanan directamente de la Constitución. La doctrina ha hecho la distinción de éstos en: esenciales, técnicos y de eficacia. Siendo los primeros y por tanto necesarios para la esencia o substancia misma del proceso, y sin su presencia este carece de justificación lógica. Mientras que los principios técnicos son aquellos criterios informantes de la actividad procesal cuya acogida obedece a la opción o preferencia del legislador y a los de eficacia, se les llama de orden pragmático, como son los de economía y celeridad procesal.

El debido proceso, es un derecho de compleja estructura que se compone de una serie de reglas y principios que configurados normativamente garantizan que la acción de administración de justicia del Estado no resulte arbitraria. En la tendencia actual de la constitucionalización del derecho, las constituciones han recogido, en sus disposiciones, principios procesales para garantizar el proceso justo; en la Constitución Nacional en el artículo 257 se concibe el *proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia*, ratificando de esto modo, las normas procesales establecidas en su artículo 49. El debido proceso tiene aplicación en toda actuación judicial o administrativa, incluso entre particulares en donde exista controversia referente a derechos; y con relación a la materia probatoria los ordinales 1º, 2º 5º y 8º establecen claras garantías.

Tradicionalmente se sostenía que el sujeto obligado de respeto a los derechos fundamentales era el Estado, se concebía en ese momento que el papel básico de la Constitución era regular el poder y establecer los límites al mismo. Sin embargo la evolución de los derechos fundamentales y de la teoría constitucional, condujo a establecer que los derechos eran propios del ser humano, no estableciéndose como límite al poder sino un verdadero

respeto y protección. Sobre esta base se estableció que los derechos fundamentales al ser propios del hombre, debían valer no sólo frente al Estado sino entre los individuos mismos. Esta discusión se plantea en Alemania bajo el concepto de *Drittwirkung*, doctrina que afirma que los derechos fundamentales no sólo tiene una dimensión en el plano vertical en la relación Estado-súbditos, sino también en el plano horizontal – *Horizontalwirkung*- en las relaciones ciudadano-ciudadano (Estrada 2000, 93-101).

De manera que el debido proceso es de aplicación en cualquier procedimiento o proceso en que estén afectados derechos de los ciudadanos, no sólo con relación a los derechos fundamentales, sino cualquier clase de derecho en disputa, puesto que el debido proceso es derecho fundamental y es eficaz frente al Estado y frente a los particulares.

Esta vigencia se manifiesta plenamente en el ejercicio del derecho a la defensa que implica el derecho al conocimiento de lo que obra en su contra, a la asistencia jurídica, el derecho a la prueba, a la exclusión de prueba ilícita y asumir en el proceso penal una actitud pasiva, a ser oído, a no declarar en contra de sí mismo y tener una justicia limpia y transparente sin errores y en plazo razonable.

Rivera (2007, 68) señala que en la Constitución Nacional se aborda de diversas maneras el derecho a un debido proceso en la prueba. Resalta que en el artículo 26 se establece el derecho a acceder a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, ello significa el ser oído, lo cual conlleva la probanza; en el artículo 49, en el ordinal 1º se consagra el derecho de defensa, el cual comporta, a la defensa, de asistencia jurídica, “de acceder a la pruebas en su contra, disponer de los medios adecuados

para su defensa” y se establece que serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso.

El debido proceso comprende la posibilidad y efectividad del ejercicio de las garantías procesales. Esto significa que en el proceso, el elenco de los derechos establecidos en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puedan ser ejercido y no se impida u obstaculice su ejercicio, además que pueda desplegar el control del proceso mediante la notificación, publicidad, contradicción y control de los actos procesales, en especial de la prueba, que el trato sea de igualdad entre las partes, que la actuación del juez sea imparcial y que la sustanciación del proceso se lleve con lealtad y probidad procesal.

Para Brewer (1.999, citado por Rivera 2007, 68), en el Artículo 2 de la Carta Magna, Venezuela se constituye en un Estado democrático social de Derecho y de Justicia. El sustento filosófico y ético político de la definición acomete la explicación de todo el sistema de derechos fundamentales tomando el ser humano como el eje central y fin supremo del ordenamiento.

Rivera. (2007, 69), considera que debe interpretarse que, en cualquier proceso no es extraño el principio de respeto a la dignidad humana. Así mismo, en el citado artículo constitucional se determina que el Estado tiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Sobre esa base se pueden definir un conjunto de principios generales. La mayoría de estos principios coinciden con las disposiciones básicas del

derecho procesal, esto se debe, por un lado, a que el probatorio está inserto en el mismo proceso, le sirve de apoyo para la decisión del conflicto; por otro lado, la base de ambos es común, ya que arrancan del derecho constitucional. Es decir parten de la concepción de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que se establece como norma y de las garantías individuales que en ella se definen.

El cumplimiento de esta concepción de un Estado democrático y social de derecho y de justicia en nuestro país, se refleja en decisiones proferidas por el Tribunal Supremo de Justicia, y para ilustrarlo a continuación se transcriben las razones contenidas en Sentencia N° 181 del 14 de Febrero de 2003, proferidas por la Sala Constitucional:

“1.- El derecho a probar forma parte del derecho a la defensa, en los términos del artículo 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley”.

Ahora bien, señala Hernando Devis Echandía (Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo 1. Editorial Jurídica Medellín. Dike. Pág. 37) que dicho derecho *“no tiene por objeto convencer al juez sobre la verdad del hecho*

afirmado, es decir, no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique las pedidas y presentadas por las partes y las tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con prescindencia del resultado de su apreciación)”

Señala el mismo autor (Teoría General de la Prueba Judicial. Op. Cit. Págs. 78-79), que el principio dispositivo, el cual rige nuestro proceso civil, *“deja en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso y de aportación de las pruebas”*, por lo que surge la noción de carga probatoria de las partes.

Sobre el punto, Eduardo Couture (Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Buenos Aires. Desalma, págs. 240 y ss.) expresa que las normas en materia probatoria no están sólo dirigidas al juez *“sino también (...) para que las partes produzcan las pruebas de los hechos, al impulso de su interés en demostrar la verdad de sus respectivas proposiciones”*.

Probar, en los términos expresados por los autores citados, es un imperativo del propio interés para evitar un perjuicio, en el caso del proceso civil, regido por el principio dispositivo, no obtener una sentencia favorable a las pretensiones de las partes.

...Omisis...

4. Juzga esta Sala, que el fallo accionado, parcialmente transcrito *supra*, menoscabó el derecho a probar del accionante, contenido en el derecho a la defensa y al debido proceso, consagrados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como a la tutela judicial efectiva, prefijado en el artículo 26 *eiusdem*.

Ello, dado que el derecho a probar “*consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas*” (Joan Picó i Junoy. Las Garantías Constitucionales del Proceso. J.M. Bosch Barcelona. Editor pág 143), lo cual se vulneró al accionante, toda vez que sus pruebas aportadas al proceso, las cuales fueron debidamente promovidas y evacuadas, no fueron tomadas en consideración por el tribunal de la causa, el cual, además, empleó como elementos de convicción medios que no cumplieron con el procedimiento establecido ene. artículo 431 de la Ley Adjetiva Civil.

En este sentido, el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Apure valoró documentos emanados de terceros ajenos a la relación procesal, sin que mediara ratificación de los mismos mediante prueba testimonial, tal y como lo prevé dicho artículo por lo que, al admitir en el proceso pruebas que no cumplieron con el trámite establecido menoscabó el derecho a probar del accionante.

5.- igualmente, esta Sala disiente del criterio del *a quo*, quien convalidó dicha afectación a los derechos y garantías constitucionales del ciudadano Eudes Benitez Ramirez, bajo el argumento según el cual dicho ciudadano “*no impugno (sic) de conformidad con lo establecido ene. artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, el valor probatorio de las pruebas aportadas a los autos por la parte demandada*”, ya que la carga probatoria no le correspondía y, por el contrario, era a la parte demandada a quien tocaba, mediante la práctica de la prueba testimonial, ratificar el mérito probatorio de los referidos documentos, los cuales, como se expresó, provenían de terceros extraños a la relación procesal, por lo que el fallo accionado alteró el principio dispositivo, rector del procedimiento civil, y el equilibrio procesal, al premiar la conducta de la parte demandada, quien promovió de manera

negligente sus intereses en juicio y no cumplió debidamente con sus cargas procesales”.

Para García (1993, citado por Rivera, 2007, 70), la base de los principios aplicables con carácter general al derecho procesal se encuentra en los valores constitucionales; los derechos a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de indefensión, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, o a un proceso con todas las garantías, reconocidas en los 26 y 49 de la Constitución, son reflejo del valor superior justicia y deben interpretarse de acuerdo con el mismo. La influencia de los valores constitucionales en el derecho procesal, y en sus aspectos específicos (derecho probatorio) debe reflejarse, en la normativa que los regula; pero ésta ha de ser interpretada en todo caso conforme al sistema constitucional de valores, y especialmente conforme a los valores superiores.

La mayoría de estos principios en una teoría general de la prueba judicial corresponden más con el proceso inquisitivo, oral y de libre apreciación de las pruebas, ya que algunos de ellos no son aplicables en toda su extensión en las legislaciones que están sometidas al sistema dispositivo y de tarifa legal.

Estos principios rigen el sistema probatorio, de manera que, en un Estado democrático y social de Derecho y Justicia, las normas procesales correspondientes a la regulación de tal materia tienen que contemplarlos, de igual forma. En la práctica el juez en las etapas probatorias está en la obligación de darles cumplimiento. El juez podrá invocarlos en un momento dado, especialmente, cuando haga uso de sus facultades probatorias o en los llamados casos difíciles. El justiciable puede exigir el cumplimiento de tales principios, no sólo acaparándose en las normas procesales, sino en la

supremacía normativa constitucional que propugna los valores superiores indicados en párrafos anteriores.

A continuación se tocará la descripción y definición de los principios que gran parte de autores contemplan en la teoría general de la prueba judicial, que expresan elementos que refuerzan el derecho a probar y de defensa. Esto es, tienen un fundamento, o bien en derecho o garantías constitucionales, o bien en principios y valores constitucionales, que son exigibles en cualquier grado o instancia del proceso.

1.2.2. Principio de la publicidad

En el sentido procesal, la publicidad significa hacer público en cuanto al acceso y lugar los actos del proceso. Es esta la que ofrece la posibilidad a las partes y terceros a que puedan tener acceso al desarrollo del litigio, ya que su presencia contribuye al control de la responsabilidad profesional de los jueces; y este concepto de publicidad abarca tanto a las partes como a terceros.

Al respecto Couture (1981, 192-193), señala que:

“La publicidad, con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de los magistrados y defensores. En último término, el pueblo es el juez de los jueces. La responsabilidad de las decisiones judiciales se acrecienta en términos amplísimos si tales decisiones han de ser proferidas luego de una audiencia pública de las partes y en la propia audiencia, en presencia del pueblo”

Resulta oportuno agregar la opinión de Binder (1999, 107):

El juicio público implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social: implica que ella cumple con su tarea de transmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia. Por esta razón, Carrara insistía en que si el juicio es secreto y la población no tiene posibilidades de percibir el juicio como algo justo, no interesa demasiado a la sentencia sea intrínsecamente justa ya que, a los efectos sociales, es lo mismo una sentencia injusta que una percibida como injusta, aunque no lo sea.

En relación a las partes, los actos a través de los cuales se desarrolla la relación procesal deben ser visibles para todos los sujetos, tanto para el demandante como para el demandado, por mandato constitucional vertido en el ordinal 1º del artículo 49 de la CRBV, que extiende su significado al derecho que tienen las partes a conocer y hacer observaciones a aquellas pruebas que el juez considere necesario evacuar bajo la figura de “complemento de pruebas” dispuesta en el artículo 401, y “autos para mejor proveer”, previstos en el artículo 514 de Código de Procedimiento Civil, previendo el artículo 24 *eiusdem* la publicidad de los actos procesales y sus limitaciones.

En relación a terceros, hay que tomar en cuenta si se trata de terceros que actúan en tercería o los adhesivos o con interés, considerándose estos últimos como partes en el proceso; o, son terceros sin interés en el proceso, para quienes se aplica la excepción prevista en el artículo 24 del CPC.

En resumen, tenemos que las actuaciones judiciales de pruebas deben ser públicas, con la posibilidad de ser presenciadas por todos y, en especial, a las partes se les debe permitir intervenir en la evacuación de la prueba para poder hacer las observaciones y objeciones que consideren más convenientes para sus derechos e intereses y en consonancia con la garantía constitucional.

Expresa el profesor Parra (2008, 10-11), que “la prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter “social”: hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura. Agrega el ilustre procesalista que es de interés para ejercer el control democrático del proceso, por ello en la sentencia “los hechos y la prueba de ellos debe ser explícita, de tal manera que toda persona pueda entender, que fue lo que pasó desde el punto de vista fáctico y cómo se probó”.

Ilustra este principio de publicidad, la Sala de Casación Social en Sentencia N° 1220 de fecha 0-08-2006; de la siguiente manera:

(Omisis)

En consecuencia con fundamento en el anterior criterio de la Sala Constitucional, al artículo 49 de la Constitución que establece la obligación de aplicar el Debido Proceso a todas la actuaciones judiciales y administrativas y a los artículos 5, 6 y 1 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que establecen la facultad del Juez laboral como rector del proceso, **de darle impulso y la dirección adecuadas para preservar los Principios establecidos en la Ley**, esta Alzada considera necesario REPONER la presente causa al estado de fijación de nueva audiencia de juicio, sin entrar a analizar los motivos de la parte actora recurrente, a los fines de preservar los principios de Publicidad, Primacía de la Realidad de los Hechos y la Equidad consagrados en nuestra Ley Procesal y así se decide.

Otra decisión que ilustra este principio de publicidad de los actos procesales, es la proferida por la Sala Político administrativa en Sentencia N° 01303 de fecha 29 de Octubre de 2002, en la cual destaca:

“...Esta Sala observa que, ciertamente el precepto normativo transcrito establece la obligación de reservar el escrito de promoción de pruebas, una vez consignado éste hasta el día posterior al vencimiento del lapso de promoción; no obstante, estima este Alto Tribunal que la reserva del escrito de promoción de pruebas y por consiguiente la impugnación del referido poder ocurrida en el presente caso y que, en opinión del representante del Municipio, conllevó a la violación de los principios de igualdad de partes y de publicidad de los actos procesales, así como de las garantías del derecho a la defensa y al debido proceso, no entraña la denunciada violación del orden constitucional y legal; toda vez que ésta reserva concebida por la legislación procesal como una excepción al señalado principio de publicidad, recogido a nivel legal en el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil, se produce por una razón de lógica procesal, para evitar que una vez conocidas las pruebas de la parte contraria puedan producirse contrapruebas desleales en la contención, es decir, en aras de la debida protección del señalado principio de igualdad de partes en el proceso.

Asimismo y respecto a la presunta violación del derecho a la defensa y al debido proceso, no advierte esta alzada en qué forma el hecho de a reserva del señalado escrito hasta el vencimiento del lapso de promoción, haya producido dichas lesiones al fisco municipal, ya que de las copias certificadas que conforman el presente expediente y de las afirmaciones contenidas en el texto mismo del escrito de contestación a la fundamentación de la apelación, consignado por el representante de dicho ente territorial, se evidencia que en ningún momento el Municipio Libertad del Estado Anzoátegui, se vio imposibilitado de ejercer sus defensas, toda vez que fueron respetadas tanto por el *a quo* como por la actora, todas las etapas y oportunidades procesales para que éste compareciera y expusiera sus alegatos al respecto. Por tal virtud, considera esta Sala que en el caso bajo examen, no se produjo violación alguna de los derechos y garantías constitucionales y legales del ente municipal. Así se declara.

1.2.3. Principio de contradicción

Para Gozaini, (citado por Rivera 2007, 74), es en este principio donde se establece que a cada alegación de parte corresponde oír a la contraria. La fuerza de este principio persigue que todo acto procesal que tenga incidencia en los derechos del oponente, tengan la oportunidad a la réplica, y, en su caso, prueba que lo desvirtúe.

En argumento de Rivera (2008, 212-213), el principio del contradictorio exige que la prueba se rinda con conocimiento de la otra parte para que tenga oportunidad hacer valer sus derecho en la ejecución probatoria.

Continua expresando el jurista patrio: así pues, el principio contradictorio asume un significado concreto que se articula en una triple vertiente: 1) en el control de la identificación del material probatorio (proposición y admisión de la prueba), 2) en la formación de la prueba y, 3) en el control previo par influir en la valoración de las pruebas. Estos tres aspectos se resumen en la doctrina italiana de las *“dos almas del contradictorio”*, una objetiva y otra subjetiva. La primera, aspecto objetivo, se refiere al contradictorio como método de conocimiento basado en la confrontación dialéctica –identificación y formación de la prueba-, por ello, es muy importante el tema de la prueba anticipada, ya que no se dispone de la fuente en el momento del juicio –fallándose así el aspecto objetivo: la segunda, aspecto subjetivo, la confrontación de las partes en el momento de producirse la prueba en el juicio oral.

Del mismo modo argumenta que, con relación al procedimiento probatorio es indispensable la garantía de la contradicción, pues sobre la base de la probanza de los hechos el juez producirá su decisión. Comprende este

principio el derecho que tiene la parte contra quien se presenta una prueba de tener la oportunidad procesal para conocerla, oponerse, intervenir en su práctica y contraprobar.

Es un principio del proceso civil, con rango constitucional y tiene alcance en cualquier proceso o actividad administrativa, a la par con el derecho a la defensa, previsto en los ordinales 2º y 3º del artículo 49, antes citado; siendo imprescindible en el procedimiento probatorio la garantía de la contradicción, ya que el juez fundará su decisión en los hechos alegados y probados.

La contradicción de la prueba, forma parte del derecho a la defensa, no solo éste se refiere al derecho de presentar pruebas, sino también a cuestionar las pruebas que se presenten; va dirigida contra el medio propuesto, para que no se valore, bien porque no se le debe dar entrada, o bien porque habiéndosela dado, se cuestiona su veracidad y se persigue quitarle la eficacia probatoria.

En algunos casos se ha querido ver que la prueba anticipada y/o retardo perjudicial perjudican el principio del contradictorio. En la práctica es posible que sea así, pero básicamente es por desconocimiento de las garantías constitucionales. En el caso del retardo perjudicial previsto en nuestro ordenamiento procesal civil, y que algunos autores lo asimilan con la prueba anticipada, se prevé en los artículos 815 y 818 que debe ser citada la parte contraria para que ejerza sus derechos. (Rivera 2007, 220-224)

1.2.4. Principio de la igualdad probatoria

Este principio a la igualdad ante la ley, principio constitucional previsto en el artículo 21 de la Constitución Nacional, estipulándose en el artículo 15 de la ley procesal, la igualdad de las partes en el proceso, no obstante, la ley puede prever algunas situaciones de protección como es el caso de niños y adolescentes, de los trabajadores, de consumidores, mediante la técnica de las presunciones y de la inversión de la carga de la prueba. La igualdad se predica en cuanto a las garantías constitucionales y procesales.

Aquí se trata de que las partes deben tener las mismas ocasiones para la defensa de sus derechos e intereses; de que dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, los mismos procedimientos para incorporar y prácticas pruebas, y las mismas oportunidades para impugnar o rechazar las pruebas del contrario; no pudiendo existir procedimientos u oportunidades privilegiadas para ninguna de las partes.

Este principio de igualdad se ratifica en el artículo 204 del Código de Procedimiento Civil, cuando en este se expresa que los términos y recursos concedidos a una parte se entenderán concedidos a la otra. No debe olvidarse el principio dispositivo, el principio de estar a derecho y el de preclusividad de los actos, de suerte que las partes tienen que estar atentas en el proceso para ejercer sus derechos, a manera de ejemplo, es posible que un acto no haya tenido la publicidad requerida para llevarse a cabo, pero si la parte se aparece y no impugna, se entiende que ha convalidado el acto.

1.2.5. Principio de libertad probatoria

Según Devis, (1993, T.I., 131), para que la prueba cumpla su objetivo de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, de manera que se ajuste a la realidad, es necesario otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos no permitidos investigar por la ley o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias o sean claramente impertinentes o inidóneas o aparezcan ilícitas por otro motivo.

Para este mismo autor, este principio tiene dos aspectos: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. El primero significa que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria; y el segundo implica que pueda probarse todo que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica; pudiendo existir este segundo sin el primero.

El principio de libertad probatoria está consagrado en el Artículo 395 del CPC, al determinar en su segundo párrafo que las partes pueden valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones.

1.2.6. Principio de control de la prueba

El ejercicio del principio de control requiere que las partes tengan la posibilidad de conocer antes de su evacuación los medios de prueba promovidos, así como el momento señalado para su recepción en autos, a fin

de que tengan la posibilidad de asistir a la evacuación y hagan uso de los derechos que permitan una cabal incorporación a la causa de los hechos que traen los medios (Cabrera; citado por Rivera, 2007, 70)

Para el ejercicio de este principio, las partes tienen el derecho de acceder a las pruebas para analizar su pertinencia y licitud, es decir tienen el derecho a controlar que el aporte de las mismas se ajuste a la ley.

1.2.7. Principio de la imparcialidad

Este principio está dirigido a la actitud que debe tener el juez frente a las partes; principio que tiene una connotación constitucional, puesto que el artículo 26 dispone entre las características de la justicia, la imparcialidad.

La imparcialidad, como actitud subjetiva del juez, supone que en su interior no contenga elementos que lo determinen (enemistad, amistad, interés, etc.), y como actitud objetiva, supone la inexistencia en el juzgador de ideas preconcebidas con relación al caso.

El artículo 12 del CPC, le exige al juez que su actuación debe tener por norte la verdad, es decir, que todas sus actuaciones deben estar dirigidas hacia la búsqueda de la verdad; y en el caso de las pruebas, su criterio debe ser el de averiguar la verdad; y para el momento de la valoración de las pruebas producidas debe tener como dirección la aproximación a la justicia.

Por otra parte el artículo 15 del mismo código, ordena a los jueces que garantizar el derecho de defensa y deben mantener a las partes en igualdad de condiciones, sin preferencias ni desigualdades. Esto quiere decir, en

relación al principio de la imparcialidad que en caso de favorecer a una de las partes, transgrede ese principio y violenta el contenido de la norma.

La imparcialidad significa que el juez no puede, ni objetiva ni subjetivamente inclinar su actividad por ninguna de las partes. No rompe con la imparcialidad cuando actúa conforme a la ley, por ejemplo, aplica una presunción favorable al trabajador, o interviene en protección de los derechos de los niños y adolescentes. Este principio debe ser visto desde dos puntos de vista; el objetivo y el subjetivo. Desde el Punto de vista objetivo, la imparcialidad implica que el juez no anticipe los resultados o valoración de la prueba, y desde el punto de vista subjetivo, que este no se vincule con los elementos probatorios. (Rivera 2009, 46)

1.2.8. Principio de la comunidad de la prueba

Este principio también llamado de la adquisición, se refiere a que la prueba pertenece al proceso; es decir que una vez que llega al proceso, la prueba no pertenece a quien la aportó, sino que pertenece a la comunidad procesal concreta, al lugar donde fue suministrada.

Las pruebas, una vez que están incorporadas a la causa, son válidas para establecer si los hechos expuestos por las partes son verdaderos, sin importar si el que la suministró es el actor o el demandado. Incluso si la prueba hubiera sido aportada por el actor, el demandado podría aducirla en su defensa; la finalidad del proceso es la actuación del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto, y las pruebas constituyen los factores que tiene el juzgador a la mano para llegar a ese resultado; siendo esa la causa por la que es irrelevante quién las haya propuesto o producido, y la función del magistrado, una vez que ellas le aportan la necesaria convicción

o certeza, se circunscribe a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho. (De Santo. 2005, 65-66)

En nuestra legislación, el artículo 12 del CPC, ordena al juez a atenerse a lo alegado y probado en autos, y el artículo 509, lo ordena a valorar todas las pruebas que se hayan producido.

1.2.9. Principio de la pertinencia e idoneidad de la prueba

Según Devis. (Ob. Cit., 133-134), se trata de dos principios, íntimamente relacionados, que persiguen un mismo propósito, a saber: que la práctica de la prueba no resulte inútil, para lo cual se hace necesario que el hecho pueda demostrarse legalmente por ese medio y que el contenido de la prueba se relacione con tal hecho.

Considera el citado autor que, la pertinencia de la prueba no se debe confundir con su valor de convicción, ya que ésta consiste en que haya alguna relación lógica jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio. Tampoco puede identificarse a la idoneidad del medio con el valor de convicción de éste, para el caso concreto, pues mientras la primera indica que la ley permite probar con ese medio el hecho a que se pretende aplicar, por ejemplo, con testimonios o confesión, el segundo, si bien depende en parte de esa idoneidad, porque si falta ésta, ningún mérito probatorio puede tener la prueba, exige algo más, que mira al contenido intrínseco y particular del medio en cada caso. Por lo que es posible, a pesar de existir idoneidad, el juez no resulte convencido por la prueba (el testimonio puede ser idóneo o conducente para probar un contrato y, sin embargo, por deficiencias del

contenido de las declaraciones, puede ocurrir que no haya mérito de convicción alguna en las declaraciones recibidas.

En nuestra legislación, la oposición y el desecho de las pruebas impertinentes se prevé en los artículos 397 y 398 del CPC.

1.2.10. Principio de la necesidad de la prueba

Según el maestro colombiano Parra (2008, 73-74), la prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; y con ella se evita que impere la arbitrariedad. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar su sentencia; ésta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez (arts. 174 CPC Y 232 CPC.); pero en nuestra legislación, el juez puede basarse en su propia experiencia para proferir su sentencia de conformidad con el artículo 12 de nuestro Código de Procedimiento Civil, además le puede servir para dictar pruebas de oficio.

Ahora bien, ¿qué debe probarse?, pues es propiamente el *Thema Probandum*, es decir, lo que en el caso concreto es controvertido. Por supuesto, no se pueden probar los hechos en el sentido material, porque estos son hechos del pasado y son imposibles de reproducir. Las partes deben probar la verdad de sus afirmaciones.

El juez en atención a lo dispuesto en el artículo 12, deberá atenerse a lo alegado y probado por las partes, en el marco del principio de veracidad. El no podrá usar los conocimientos privados que tenga sobre los hechos, en

cuyo caso, de tenerlos, lo más ético es que se inhiba, en el supuesto de la imposibilidad tiene que hacer una labor de racionalidad que bloquee su conocimiento anterior sobre los hechos y solo juzgue por lo alegado y probado por las partes.

Para el mundo probatorio, la palabra necesidad se refiere a todo aquello a lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir.

Cuando hay necesidad, no hay libertad, en consecuencia no existe ninguna libertad para que el juez decida con base en pruebas o circunstancias que no obren en el proceso. Esta necesidad tiene sustento en el derecho de contradicción, el cual sería violado si la decisión se tomara con base a pruebas no aportadas al proceso, o en ideas o en conocimientos privados del juez. (Parra, 2008, 73-74).

1.3. El debido proceso en la prueba

En términos teóricos (Quiroga 2008, 347), se ha dicho que el debido proceso en la prueba tiene dos grandes vertientes: 1.- En cuanto a la obtención de la prueba, esta tiene que ser con respecto a los derechos fundamentales, por ello se ha consagrado, en casi todas las legislaciones, la exclusión de la prueba ilegítima, que es aquella obtenida en quebrantamiento de derechos fundamentales, por ejemplo, confesión con tortura, interceptación de comunicaciones sin orden judicial; 2.- La que se admite y practica en contraposición de las normas procesales, por ejemplo, admitiendo el medio propuesto extemporáneamente, evacuando un medio sin publicidad. En ambos casos se rompen las garantías de contradicción, igualdad y respeto de la dignidad humana.

El número 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que *son nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso*. De acuerdo a la doctrina (Rivera, 2007, 82) el derecho al debido proceso es un derecho de estructura compleja. Aplicable en cualquier actuación administrativa o judicial, en especial, en el despliegue de los derechos y garantías procesales. Así forma parte del debido proceso el derecho a la prueba, pero el contenido de aquel es parte informante e integrante de éste. Esto significa que el derecho a la prueba se debe aplicar tanto desde el punto de vista positivo –ejercicio-, como negativo –prohibiciones- las exigencias del debido proceso.

En sentido positivo, el derecho a la prueba implica la asistencia jurídica, esto es, que haya asesoramiento técnico idóneo para promover y practicar la prueba; envuelve información como derecho a conocer las fuentes y medio que contienen elementos probatorios a favor o en contra; involucra que la obtención debe respetar los derechos fundamentales y el derecho a la defensa, en el sentido que para obtener fuentes de prueba no pueden quebrantarse los derechos y garantías fundamentales y que se pueda ejercer el derecho de defensa; encierra que se tiene derecho a la legalidad, es decir, que la promoción, admisión y evacuación se realice conforme a la ley; implica, también, el juez natural para el conocimiento de la prueba, esto es, que el juez que practique la prueba sea el juez competente para el caso concreto, obviamente, para que pueda desarrollar en el ámbito de la actividad probatoria, el ejercicio de sus derechos procesales de defensa, como: contradecir, impugnar, oponerse, recusar. (debe tenerse en cuenta que el juez natural se cumple en los juicios orales, pero en el procedimiento escrito se mantiene la práctica de la comisión al tribunal inferior); y como parte actuante pueda proponer medios probatorios que sean admitidos

conforme a la ley y los admitidos sean practicados y valorados en la sentencia.

En el sentido negativo, el derecho al debido proceso de la prueba envuelve que no puede ser admitida la prueba ilícita, ni puede ser practicada prueba violación de los derechos y garantías fundamentales; que no puede ser admitida prueba irregular, esto es, fuera de las oportunidades establecidas por la ley o al margen de los procedimientos que la ley regula para los medios probatorios. No pueden ser admitidos medios probatorios en las situaciones que la ley expresamente señala que no se admitirá práctica de prueba, por ejemplo sobre los hechos admitidos por las partes o sobre los hechos evidentes.

El debido proceso de la prueba también impone una conducta al juzgador. El juez tiene que actuar imparcialmente frente a la actividad probatoria, por ello no puede conceder privilegios a ninguna parte, debe garantizar la igualdad de armas entre los litigantes. Debe ser garante de que las partes puedan ejercer sus derechos, sin más limitaciones que las establecidas en la ley. No puede, el juez, hacer uso del conocimiento privado que tenga sobre los hechos, en tales casos si conoce los hechos primarios o principales de la causa su deber es excusarse de conocer, puesto que el conocimiento privado de los hechos deformará la formación de su convicción y le hará actuar parcialmente.

En resumen, se puede afirmar que el debido proceso a la prueba es la transmutación de los derechos que implica el genérico debido proceso al derecho concreto de prueba. Una prueba cumple con el debido proceso cuando se respetan las libertades y las garantías procesales, se permite el ejercicio de los derechos del justiciable y se satisfacen las reglas procesales.

En cuanto al debido proceso en la prueba, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 325 de fecha 26-02-02, se pronunció de la siguiente manera: “el derecho a la prueba en el proceso, forma parte del derecho a la defensa consagrado en nuestro texto constitucional. En efecto, el número 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa lo siguiente:

“Artículo 49-. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

- 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la Ley. “ (destacado de la Sala)***

La necesidad de la prueba en el procedimiento, responde a esta fundamental garantía del derecho a la defensa. Esta garantía se vería menoscabada, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes.

El derecho a la defensa en relación con la prueba, se patentiza en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan, contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control contradicción de la prueba.”

CAPITULO II

LA PRUEBA JUDICIAL

2.1. Definición de la prueba

De la variedad de definiciones y conceptos de prueba judicial que ofrecen los diversos autores se deduce la dificultad para precisar su noción, pero antes de entrar a conocerlas, es necesario pasearnos por lo que se conoce como prueba en sentido genérico.

Según el Diccionario de la Real Academia Española (2001, 1853), prueba significa: “Acción y efecto de probar. II 2. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. II 3. Indicio, señal o muestra que se da de algo...”

En el mismo diccionario (2001, 1837), “Probar, proviene del latín *probáre*, que se traduce en hacer examen y experimento de las cualidades de alguien o algo. II 2. Examinar si algo está arreglado a la medida, muestra o porción de otra cosa a que se debe ajustar. U.t.c. prnl. II 3. Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos...”

El verbo *probare* viene del latín *probus*, que significa bueno, recto, honrado, correcto, que se da por probado.

Para Carnelutti (1979, citado por Rivera 2007, 27), “El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia”. Para los historiadores es costumbre manejar dicho instrumento sin saber con exactitud lo que es y los operadores de las diversas disciplinas científicas tienen que probar sus tesis

o hipótesis para convencerse y convencer de la existencia o la verdad de algo, pero a los juristas se le exige precisarla por constituir una de las claves no tanto para el proceso sino para el juicio.

Veremos que en el concepto de prueba no es unívoco, y en el estudio del concepto de prueba, de acuerdo con las acepciones que encontramos en el diccionario; nos encontramos con diversas acepciones del vocablo prueba.

Gascón (1999, 83-85), al tratar la terminología sobre la prueba, hace referencia a que el término “prueba” es polisémico, pues se usa para hacer referencia a cuestiones diferentes; y en el vocabulario jurídico-procesal, el término “prueba” es doblemente polisémico, pues, además de la ambigüedad referida a sus distintos contextos de uso (descubrimiento y justificación), éste puede aludir aún a distintos aspectos del fenómeno probatorio: en concreto como: a) *medios de prueba*; denota todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa; es decir, lo que *permite formular o verificar* enunciados asertivos que sirven para reconstruir esos hechos; desempeñan así una *función cognoscitiva* de los hechos que se pretenden probar. Constituyen prueba, en este sentido, la declaración de los testigos, la aportación de documentos, los informes periciales, el reconocimiento judicial, etc. b) *resultado probatorio*, es el resultado que se obtiene a partir de los medios de prueba; el conocimiento ya obtenido del hecho controvertido o el *enunciado fáctico verificado* que lo describe. c) *procedimiento probatorio*, que conecta los dos sentidos anteriores del término: los medios de prueba y la aserción (verificada) sobre el hecho.

En esta misma línea, Devis (1993, T.I. 28), deduce una triple fisonomía de la noción de prueba que hace Florian (1961): *su manifestación formal*, para referirse a los medios utilizados para llevarle al juez el conocimiento de los

hechos, como testimonios, documentos, indicios, etc., *su contenido sustancial o esencial*, para referirse a las razones o motivos que de esos medios se deducen a favor de la existencia o inexistencia de los hechos, y *su resultado subjetivo* o el convencimiento que con ellas se trata de producir en la mente del juzgador para que este concluya si hay o no prueba de determinados hechos.

Según Sentis (1979, 14), la prueba es verificación y la verificación se ha de referir a afirmaciones y afirmar significa según el Diccionario de la Real Academia Española (2001, 56), dar por cierto algo y prueba, como se indica al inicio de este punto (pág. 34). Según este mismo diccionario significa razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende hacer patente la verdad o la falsedad de algo.

La prueba como objeto de estudio, que lleva a la verificación de la existencia o no de hechos ocurridos en la realidad, es el medio a través del cual se conduce al convencimiento del juez, quien tiene que llegar a determinar si hay prueba o no mediante la comprobación de los hechos; y para llegar a un juicio objetivo que se aparte de subjetividades, elabora en su mente con los datos obtenidos una conclusión a través de su razonamiento inductivo o deductivo, y por tratarse del análisis de unos hechos que tienen que ser demostrados; podemos pensar que a la prueba se le puede dar la connotación de ciencia fáctica o material o ciencia de los hechos que se refieren a sucesos y procesos.

Las ciencias fácticas se basan en la racionalidad (sistema de ideas aceptados previamente) para obtener la verdad aunque aquella no sea una garantía, además exige que sus enunciados (afirmaciones o negaciones) sean verificables en la experiencia de manera directa o indirecta. Únicamente

después que haya pasado la prueba de la verificación empírica podrá considerarse que un enunciado se adecuado a su objeto, o sea, que es verdadero, y aún así hasta nueva orden. Por esto es que el conocimiento fáctico, verificable se llame a menudo ciencia empírica.

Las ciencias formales demuestran o prueban, las ciencias fácticas verifican (confirman o desconfirman) hipótesis que en su mayoría son provisionales. La demostración es completa y final, la verificación es incompleta y por ello temporaria.

Ahora bien, la prueba en sentido judicial se ha definido desde diversos puntos de vista, como actividad, como medio, en cuanto a su alcance, resultados, finalidad o con relación a su valoración.

Las teorías formales pueden ser llevadas a un estado de perfección (o estancamiento) y los sistemas teóricos relativos a los hechos son esencialmente defectuosos; cumpliendo con ello la condición necesaria para ser perfectibles; el estudio de las ciencias fácticas puede inducirnos a considerar el mundo como inagotable y al hombre como una empresa inconclusa e interminable (Bunge 1972, 11-17)

De la misma manera con la prueba se busca obtener la verdad, se trata de un objeto que se puede comprobar en la realidad de manera directa o indirecta y es tan inagotable que la tendencia es ampliar el espectro probatorio con la idea de verificar cualquier hecho que ocurra en la realidad, por lo que la tendencia legislativa es establecer paralelamente a la prueba legal, la prueba libre a fin de contar de manera infinita con un elenco probatorio que pueda verificar las afirmaciones del hecho que formulen las partes.

La prueba al igual que las ciencias fácticas parte de hechos para llevarlos al juez quien los debe describir tal como son, independientemente de su valor emocional o comercial y al igual que en todos los campos de la ciencia comienza estableciendo los hechos y se atiene a ellos; hechos que deben ser verificables, es decir, deben aprobar el examen de la experiencia.

Al igual que el conocimiento científico, la prueba es un hecho comunicable, explicable, no se queda en el ámbito privado sino que se publica; es sistemática, se basa en principios (y de ellos se hizo referencia en el capítulo I), en hechos fundados, ordenados y coherentes que le dan la forma a la misma.

Los elementos de prueba reflejan parcialmente o, de alguna manera como un hecho ocurrido en la realidad, se parte de él para imaginarse como pudieron haber sucedido tales hechos en el pasado, es decir que al igual que el conocimiento científico es reconstructiva, pues se funda en leyes e informaciones fidedignas relativas al estado actual o pasado de los hechos.

La actividad probatoria, al igual que la ciencia histórica es un hecho abierto, ilimitado, que de primera no reconoce barreras que limiten su obtención; es refutable, sujeta a controversia y falible.

Finalmente, la prueba al igual que la ciencia, su utilidad se basa en la búsqueda de la verdad y en el proceso, con la verdad se logra su finalidad que es la justicia. (Bunge 1972, 19-49)

Ahora bien, la prueba en sentido judicial ha sido definida desde diversos puntos de vista; hay autores que la delimitan desde el punto de vista

instrumental, como medio de convencimiento, como medio para llevar la verdad al proceso, y como actividad en el marco del proceso.

Desde el punto de vista instrumental encontramos las definiciones de los siguientes autores:

Lessona (1928, citado por Devis 1993, T.I., 21) es “todo medio que puede alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho”.

Rocco (1957, citado por Devis 1993, T.I., 22), define a la prueba como “los medios utilizados por las partes para ejecutar el control de la verdad y la existencia de los hechos.

Silva (1963, citado por Bello, 2007, T.I., 45), expresa que la prueba es un medio o instrumento que se emplea en el proceso para establecer la verdad.

Devis (1993, T.I., 15) entiende por pruebas judiciales “El conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”.

Examinando esas definiciones aportadas por dichos autores, no cabe duda que ellos centran su visión de la prueba como instrumento para alcanzar la verdad en el proceso. En este sentido, configuran la prueba en una perspectiva instrumental, por tanto, en las reglas procesales que regulan su operación en el proceso. Debe criticarse a esta concepción que la prueba tiene un significado mayor a la de ser un instrumento procesal, pues es un derecho de rango constitucional que tiene aspectos instrumentales, pero

también aspectos epistemológicos dado su carácter de mecanismo para el conocimiento dentro del proceso.

En cuanto a los autores que ven a la prueba como el medio de convencimiento tenemos:

Chiovenda (1948, citado por Bello 2007, T.I, 45), expresa que la prueba consiste en crear el convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos en el proceso, lo que implica suministrarle los medios para tal fin.

Rosengberg (1955, citado por Sentis 1979, 72), considera que la prueba como una actividad que debe fundar en el juez el convencimiento de la verdad o falsedad de una afirmación.

Guasp (1956, citado por Sentis 1979, 73), nos dirá que “la prueba será el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”

Según, Rengel (2007, T. III, 219), puede definirse la prueba como “la actividad de las partes dirigida a crear en el juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos alegados en la demanda o en la contestación”

Estos autores, conciben la prueba como un instrumento de persuasión, su finalidad está dirigida al convencimiento del juez. Se podría considerar que este punto e vista reduce la finalidad de la prueba, pues ésta tiene varias finalidades, entre ellas la búsqueda de la verdad, de ser sustento de la decisión judicial.

Entre los autores que conciben a la prueba como medio para llevar la verdad al proceso tenemos:

Alsina (1941-1943, citado por Sentis 1979, 72), para quien la prueba es “la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende”

Carrara (1944, citado por Sentis 1979, 44), dice que “prueba en general llamase todo lo que sirve para volvernos ciertos de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros; la verdad está en los hechos. Aquella nace de la creencia de conocer a ésta, pero por la falibilidad humana puede tenerse aquélla cuando ésta no exista y viceversa”

Bentham (1959, citado por Bello 2007, T.I, 45), considera la prueba objetivamente, desde el más amplio sentido, como un hecho supuestamente verdadero que se presume, debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho.

Bello (1991, 6), concibe a la prueba como “la razón o argumento mediante el cual se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho”.

Estos autores, si bien señalan a la verdad como la finalidad de la prueba, no precisan el tipo de verdad y su conexión con la realidad; además soslayan otros aspectos de la prueba como su carácter instrumental.

Y entre los autores que definen a la prueba como actividad en el marco del proceso se encuentran:

Carnelutti (1955, 44), define la *institución de la prueba jurídica* como “el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos”.

Podetti, (1963, citado por Sentis, 1979, 54), dice que “en un sentido genérico y dentro del derecho procesal, se entiende por prueba la actividad compleja que realizan las diversas personas, sujetos o partes, que intervienen en un procedimiento para esclarecer la verdad de lo alegado o del hecho motivo de ese procedimiento”.

Sentis (1979, 76), “Prueba es la verificación de afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia”.

Montero (2005, 55), define la prueba como la actividad procesal que tiende a alcanzar al certeza del juzgador respecto de los datos (datos de hecho y datos normativos o de derecho) aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otras de las normas legales que fijarán los hechos.

Palacio (Citado por De Santo, 2005, 91), define la prueba como “la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones”.

Rivera (2007, 33), “Es el derecho que tienen las partes a presentar los medios o instrumentos en las formas autorizadas por la ley que contengan los elementos de convicción y la certeza de los hechos alegados y pronunciarse en sentencia”.

Obviamente, la posición de estos autores es la defensa de la prueba como parte primordial del proceso para la toma de decisión, que los aproxima a una concepción racional, no obstante, soslayan, los aspectos epistemológicos de la prueba.

De la anterior clasificación de las diversas definiciones de prueba judicial desde varios puntos de vista, pudimos observar entre ellas, que algunas contienen elementos mezclados, incluidos, de otras; así por ejemplo, encontramos incluido el elemento verdad en la definición de Rocco (1957), y el elemento convicción en la definición de Devis (1973), quienes se agrupan desde el punto de vista instrumental; del mismo modo encontramos en la definición de Montero (2005), la actividad procesal y en la de Rengel (2007), la frase *actividad de las partes*, y esta es solo referida a la actividad en el proceso, lo que nos demuestra la dificultad que han tenido a lo largo del desarrollo del derecho procesal los connotados doctrinarios y juristas para llegar a la elaboración de una definición de prueba judicial, por lo que llegamos a la conclusión que esto se debe a que la prueba es como el centro de gravitación del proceso, desde antes, durante y hasta el fin del mismo.

2.2. Elementos constitutivos de la prueba judicial

Cuando se habla de prueba judicial, se está señalando en general todo el proceso probatorio. En este sentido al referirse a elementos constitutivos tienen que indicarse cuales son esos elementos que forman o constituyen la prueba judicial. No debe confundirse este aspecto con los hechos constitutivos de tipo jurídico que establecen las normas para que se produzca la consecuencia jurídica.

De los precedentes conceptos de prueba, se puede inferir que la misma está constituida por varios elementos, tanto externos como internos; que tienen que ver con qué se prueba, quien prueba y cómo se prueba; pero los elementos más comunes que diversos autores le atribuyen son el medio, la fuente y la prueba; y a modo de verificación se exponen las definiciones de algunos autores que siguen esta tendencia.

Para Sentis (1979, 144), si probar es llevar al ánimo del juez la convicción de que nuestras afirmaciones corresponden a la realidad; esto es, la *verificación* de esa correspondencia, parece evidente que contemos con elementos que permitan llegar a ese resultado.

Guasp (citado por Sentis 1979, 145), distingue entre elementos, fuentes, medios, materias, temas y motivos de prueba.

Chiovenda (citado por Rivera 2007, 34) diferencia como elementos constitutivos de la prueba: *los motivos, los medios y los procedimientos*.

Montero, (citado por Rivera 2007, 34) se pronuncia por los de *medio, fuentes y prueba*.

Rivera (2007, 34-36) sigue la clasificación de los elementos de prueba de Montero, agregándole la *actividad probatoria*.

De la lectura de Taruffo y Gascón, se deduce que en la tendencia moderna, en dónde está cobrando fuertemente vigencia la problemática de los hechos en la prueba, -además por la eficacia garantista de los derechos fundamentales- se asume que se debe conceptualizar claramente esos elementos de la actividad probatoria y diferenciar: fuentes, medios y prueba.

2.2.1. La actividad probatoria

Entendida como la actividad desplegada por las partes o por el juez para aportar u obtener el conocimiento de los hechos del proceso a través de los medios, fuentes y la prueba unida a la convicción del juez sobre la realidad de aquéllos. Lográndose dicha actividad por medio de la promoción, la evacuación, la contradicción, la oposición y la impugnación. (Rivera 2007, 34-35)

La obtención de certeza en el proceso civil no es algo que pueda quedar a la discreción de jueces y tribunales, sino que tiene que estar regulada en la ley procesal de modo completo, no sólo para dar cumplimiento al principio de legalidad procesal, sino, porque al legislador no solo le importa la certeza, sino también el camino por el que se llega a ella.

La actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a éstas la determinación de los fuentes y medios de prueba que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. (Montero 2007, 54)

La legalidad de la actividad probatoria, significa que lo que importa en el proceso es que se llegue a la verificación de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes a través del camino establecido por la ley. (Montero 2007, 172)

2.2.2. Fuentes u órganos de prueba

Concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso. La fuente existirá

con independencia de que se siga o no el proceso, y mientras no le llegue a él su existencia carece de repercusiones jurídicas (Sentis 1979, 151)

Fuente de prueba es el órgano, instrumento o circunstancia que contiene un rastro, huella, marca, vestigio, residuo, signo o símbolo del hecho concreto que conduce al proceso porque en él está el hecho. Es material, no abstracto. El hecho se produce en una inter-relación temporal produciendo una “impresión o “se estampa”, y el órgano donde ha quedado estampado se llama fuente. La persona que ve, por ejemplo, un accidente, este hecho queda estampado en su cerebro. Así, en la prueba testimonial, este es el medio, y la fuente la constituye el testigo que presenció los hechos; no es la prueba documental en abstracto la fuente, sino el documento x que contiene el contrato de compra venta entre Pedro y Juan; ya no es el vehículo como cosa en abstracto sino la moto placas xx-x sobre la cual recae la experticia. En otras palabras, la fuente es de donde se extrae el conocimiento de los hechos en su sentido integral (Rivera 2007, 35-36)

Así pues, fuente de prueba es el objeto, cosa o persona en donde ha quedado estampada alguna parte del hecho ocurrido y que puede dar posibilidad de trasladarse al proceso para que sea expuesto y permita reproducir imaginariamente la realidad de los hechos controvertidos.

2.2.3. Medios de prueba

Los medios de pruebas, son los instrumentos o el vehículo permitido en la ley, de carácter lícito, pertinentes, relevantes e idóneos, que utilizan las partes o el juez para traer al procesos esas razones argumentos que a la postre servirán para establecer o fijar los hechos que deben tenerse como ciertos en la contienda judicial (Bello 2007, 59)

Para Rivera (2007, 35), los medios de prueba son los caminos o instrumentos utilizados para llevar al proceso la reconstrucción de los hechos acontecidos o “pequeña historia” que pertenece al proceso que se ventila. Son los que transportan los hechos al proceso y por encontrarlos ubicados dentro del proceso constituyen un concepto esencialmente jurídico. Son los instrumentos procesales capaces de proporcionar los datos demostrativos de la existencia de uno o más hechos, que sirven para la reconstrucción de los hechos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos. Son medios: la experticia, la documental, la testimonial, etc.

2.2.4. Prueba como resultado

En este punto encontramos dos (2) posiciones, una que trata a la prueba como resultado basado en los medios de prueba y la otra como resultado tomando en cuenta las fuentes y los medios de prueba. Así encontramos que resultado de prueba, *“es la conclusión a que llega el juez, basado en el conjunto de los medios aportados al proceso, sobre los hechos afirmados o negados en él, y que deben servirle para la aplicación de las normas jurídicas sustanciales o procesales que los regulen”*. (Davis 1993, 255)

Y en cuanto a la segunda posición, la cual considera a la prueba como elemento procesal, como el resultado de un cúmulo de actividad probatoria. En ella se resumen en el proceso los hechos que en él se debaten, permitiendo al juez formular la proposición *“Esta probado que...”*. Es el resultado del almacenamiento de la actividad probatoria en la realización de la fuente a través de los medios probatorios. (Rivera 2007, 36)

Por ello, se ve en dos dimensiones: la primera, como resultado de la práctica probatoria que verifica la verdad o falsedad de un hecho afirmado por las partes, y, la segunda, con base a ello el juez declara “está probado que...” o “no está probado que...”.

2.3. Objeto de la prueba judicial

El objeto de la prueba obedece a la pregunta ¿Qué se prueba?; y su concepto se confunde con conceptos relacionados pero esencialmente distintos, como son el tema o necesidad y la carga de la prueba.

Para delinear estos conceptos el tratadista Devis (1993, 142-143), opina: **a)** que por objeto de la prueba debe entenderse lo que se *puede* probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; noción *objetiva* y *abstracta*, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades extraprocesales, y como la noción misma de prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual; **b)** por necesidad o tema de la prueba (*thema probandum*) debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse; y **c)** que la carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener el éxito en el proceso, es decir, cuales hechos necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

Por otra parte, el mismo autor deduce que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a éstos (costumbre y ley extranjera)

Al igual que Devis, Bello (2007, 60) considera que el objeto de la prueba judicial, es una noción *objetiva y abstracta*, ya que no contempla los problemas de cada proceso, ni la posición de las partes frente a distintos hechos.

Parra (2008, 129), sigue la noción objetiva y abstracta, y como objeto de la prueba judicial, considera a las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular.

Según Montero (2005, 63), cuando se habla de objeto de prueba se está haciendo referencia a las realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye, todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva un mandato o regla, es decir, una consecuencia jurídica, pero también deben incluirse las normas mismas por cuanto nada impide que sobre ellas pueda recaer la actividad probatoria. Definición que alude a la pregunta *¿qué puede probarse?*

Stein (1988, 7), considera que el objeto de la prueba procesal solo lo pueden constituir los preceptos jurídicos y los hechos, puesto que el juez tiene siempre la misión de subsumir supuestos de hecho, es decir, conjuntos de hechos, en los preceptos legales, con objeto de afirmar o negar la procedencia de las consecuencias jurídicas de dichos supuestos fácticos.

Carnelutti (Citado por Bello, 2007, 61), considera que el objeto de la prueba, es el hecho que debe verificarse y sobre el cual se vierte el conocimiento motivo de la controversia.

Guerrero (2008, 52) deduce que el objeto de la prueba se materializa en los distintos hechos alegados por las partes y sobre los cuales recaerá la necesidad de probar.

Según Lessona (Citado por Guerrero, 2008, 45), son los hechos el objeto de la prueba, y es principio incorcurso que las partes deben probar los hechos de los cuales pretenden deducir sus derechos

Considera Guasp (Citado por Bello 2007, 61), que el objeto de la prueba lo constituyen, los mismos datos que integran el contenido de las alegaciones procesales, donde normalmente hay una identificación entre el objeto de la prueba y de la alegación, pudiendo ocurrir excepcionalmente, que el dato no alegado no sea probado directamente, o que sea innecesaria la prueba de una negación.

Rivera (2007, 169), define al objeto de la prueba, como a todos aquellos hechos o situaciones (materiales o conductas humanas) que se alegan como fundamento del derecho que se pretende y que sean de interés para el juicio y que puedan ser susceptibles de demostración histórica.

Con base a los criterios transcritos de los autores citados, se puede observar que hay un debate entre sostener que el objeto de la prueba son los hechos y quienes sostienen que el objeto de prueba son las afirmaciones de las partes; así que no es pacífica la doctrina en cuanto al objeto de prueba en el proceso.

En síntesis puede sostenerse que el objeto de la actividad probatoria en el proceso son las afirmaciones de las partes, pero concretamente las que son controvertidas. Es claro que en las afirmaciones de las partes se contienen

narraciones de hechos, es decir el relato como sucedieron los hechos en que fundamentan su pretensión. Por tanto, tratarán en su actividad probatoria, probar que los hechos sucedieron tal como ellos lo narran, y desvirtuar el relato opuesto.

2.3.1. Objeto abstracto

En el más amplio significado, objeto abstracto de la prueba judicial puede serlo todo hecho material o psíquico, y que pueden ser susceptibles de prueba u objeto de prueba; y entre los diversos hechos que interesan como presupuesto de las normas jurídicas aplicables en un proceso existen algunos que no es necesario probar y otros cuya prueba es indispensable ; sobre los primeros *puede* haber prueba, si voluntariamente las partes la aducen y la ley no autoriza al juez para rechazarla por innecesaria (Devis, 1993, 165-166)

Por otra parte, Montero (2005, 65), expresa que si por objeto de prueba se entiende, en abstracto y sin atender a un proceso concreto, lo que puede ser probado, en otras palabras, todo lo que puede ser establecido por una norma material como supuesto fáctico de una consecuencia, ese objeto han de ser, en principio, hechos entendidos estos en sentido general.

Para este autor, la palabra *hechos* se está empleando aquí en su sentido más amplio, comprendiendo todo lo que por el derecho material puede establecerse como contenido del supuesto fáctico de una consecuencia.

Al considerar los hechos objeto de la prueba judicial como palabra en un sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura, y no en su significado literal, ni

mucho menos circunscrito a sucesos o acontecimientos; en otra forma no podría incluirse en el término todo lo que pueda probarse para fines procesales; entendiendo por hechos: *a)* todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga; *b)* los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; *c)* las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, con inclusión de los documentos; *d)* la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc.; *e)* los estados y hechos psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad, siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos. (Devis, 1993, 158-159).

2.3.2. Objeto en el caso concreto

El concepto de objeto de prueba en concreto debe delimitarse a los hechos que directa o indirectamente, en forma principal o sólo accesoria, pueden tener alguna relación con la materia debatida o simplemente propuesta en el proceso voluntario y siempre que la ley no prohíba su prueba; siendo de interés primordial en la determinación concreta del objeto de la prueba en relación con cada proceso, las nociones de conducencia, pertinencia o relevancia e influencia o utilidad de la prueba; y sobre estos *debe* haber prueba, siempre y cuando la parte a quien interesa alegarlos pretende que sean tomados en cuenta por el juez (Devis, 1993, 164-165)

También objeto en el caso concreto serán aquellos hechos que define la hipótesis fáctica de la norma que se pretende se aplique. Es decir, que de alguna forma la norma jurídica condiciona el objeto de prueba, pues cuando se solicita se aplique una consecuencia jurídica, es obvio, que solo ésta podrá ser aplicada cuando esté probado que los hechos de la controversia se corresponden a los hechos en abstracto de la norma jurídica (Rivera, 2009, 978)

En otras palabras, el objeto concreto son las afirmaciones realizadas por las partes sobre los hechos y que sean controvertidos.

2.3.2.1. Hechos fundamentales de la pretensión procesal

También llamados hechos constitutivos y hechos trascendentales, son aquellos hechos en los cuales se fundamenta la pretensión del demandante, es decir, aquellos que el actor alega en el libelo de demanda, o que el demandado puede eventualmente excepcionar como fundamento de su excepción, sirven de sustento del derecho pretendido, aquellos donde nace el derecho donde cada una de las partes basa su pretensión; y no son patrimonio exclusivo de la parte accionante, ya que la parte accionada puede exponer como fundamento de su excepción un hecho de carácter constitutivo. (Bello, 2007, 75-76)

Como los define Rosenberg (citado por Rengel, 2007, T.III, 241), *“son aquellos constitutivos del derecho, alegados o articulados en la demanda, que son presupuesto del efecto jurídico establecido por la norma correspondiente”*

El Código de Procedimiento Civil, siguiendo la doctrina de la sustanciación de la demanda, en el ordinal 5 del artículo 340 ordena como requisito de forma, que en el libelo se exprese además de la relación de los hechos, los fundamentos de derecho en que se base la pretensión; por ser los hechos lo que permiten reconocer los caracteres particulares de la tipicidad, pues sólo a través de éstos se establece la existencia o inexistencia de los derechos por la aplicación de las normas jurídicas.

La doctrina de la individualización de la demanda es fundamental en el sistema del *common law*, donde los hechos que son tenidos en cuenta en relación al caso particular son solamente *aquellos que se relacionan directamente con el caso*, es decir, aquellos que son suficientes para dejar planteada la controversia dentro de cualquiera de las categorías establecidas que funcionan en ese sistema como el estándar adecuado para la decisión. Loevinger 1954 (citado por Rengel 2007, T.III, 241)

Normalmente, los hechos fundamentos de la pretensión se presentan como hechos constitutivos. Son los hechos específicos que ocurren para originar el derecho que cada una de las partes alega como base de su pretensión. Son aquellos que dan vida a la relación jurídica que se hace valer, puesto que son necesarios para que nazca el derecho que sirve de base a la acción ejercitada (Rivera 2009, 228)

2.3.2.2. Hechos controvertidos

Los hechos controvertidos se derivan del principio de contradicción de la prueba o audiencia bilateral, que a su vez se relaciona con los principios de unidad y la comunidad de la prueba. La parte a quien se opone

la prueba tiene derecho a conocerla y criticarla o discutirla, así como a contrariarla con otra prueba. Guerrero (2008, 62)

Constituyen el contenido de una afirmación unilateral, y son aquellos hechos afirmado por una de las partes y desconocidos (negados) por la otra. Carnelutti (citado por De Santo 2005, 103)

Para Montero (2005, 38-39), los hechos controvertidos lo constituyen todos o algunos de los hechos afirmados por cada parte hayan sido negados por la contraria. Un hecho puede ser controvertido por la sola circunstancia de ser negado por la parte contraria a la que lo afirma, pero puede suceder que sobre un mismo hecho existan afirmaciones contradictorias de cada una de las partes. Y en caso de producirse una de esas dos situaciones, el juez tiene el deber de resolver.

Se refiere Rengel (2007, 241-242), en cuanto al hecho controvertido, como aquel que en la práctica es negado o contradicho y de manera excepcional el silencio de la parte acerca del hecho afirmado por la contraria, es equiparado por la ley a la negación del hecho.

Continúa el autor patrio ofreciendo una especie de clasificación, indicando que, la negación o contradicción de los hechos puede ser expresa o tácita, general o particular. Es expresa y al mismo tiempo general, cuando el demandado contradice la demanda en forma genérica según el estilo forense: *“en todas sus partes”*; o *“tanto en los hechos como en cuanto al derecho”*. Es particular, cuando la negación se refiere a un hecho determinado, la cual puede darse también en la contradicción de la demanda por razones de hecho. En cambio, la contradicción o negación es tácita cuando la ley atribuye al silencio de la parte el valor de una contradicción de

hechos afirmados por la contraria. Y aunque no es común esta hipótesis, se pueden citar los casos previstos en el artículo 387 del CPC., cuando dentro de los tres días siguientes al término de la promoción de pruebas, alguna de las partes no expresa si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, se consideran contradichos los hechos; y en el artículo 758 del CPC, en los juicios de divorcio y de separación de cuerpos: la falta de comparecencia del demandado al acto de contestación de la demanda, se estima como contradicción de la misma en todas sus partes y consecuentemente en los hechos; lo que se justifica en razón de la materia de orden público de que se trata.

Así las cosas, los hechos controvertidos son los que las partes discuten, es decir, que refutan y manifiestan narraciones contrarias sobre los mismos, y los cuales serán objeto de actividad probatoria, puesto, que deberán verificarse cuales hechos corresponden con la realidad y se subsumen en la hipótesis fáctica de la norma que se pretende se debe aplicar.

2.3.2.3. Hechos excluidos de prueba

Existen hechos que a pesar de formar parte del objeto concreto de la prueba, esto es, de formar parte del *thema probandum* en sentido abstracto, no requieren ser probados mediante medios probatorios en los lapsos correspondientes de promoción y evacuación, porque de alguna manera son válidos, ciertos y se tienen por probados. El principio rector ordena que las partes deben probar sus afirmaciones, pero tiene su excepción en cuanto existen hechos cuya prueba no es necesaria por su misma naturaleza. (Rivera, 2007, 183)

Nuestro CPC, en su artículo 389, establece las situaciones de las partes, en relación a los hechos, en las cuales no habrá lugar al lapso probatorio; y la doctrina nos hace referencia a una serie de hechos que no necesitan probarse, pero a efectos del presente trabajo, nos limitaremos a los hechos admitidos por las partes, los hechos notorios y los hechos imposibles.

2.3.2.3.1. Hechos admitidos por las partes

Para Rengel, (2007, V.III, 247), cuando el hecho afirmado por una de las partes es reconocido espontánea o tácitamente por la contraria, se dice que el hecho está admitido y queda fuera del debate probatorio (*thema probandum*). En este particular, apoyándose en el principio dispositivo, la ley, otorga a las partes un poder de disposición sobre el material de hecho que ha de ser estimado por el juez para dictar la sentencia.

Destaca el autor patrio que nuestra ley procesal, mediante las normas que regulan el debate probatorio, se interesa en que se delimite el campo del disenso entre las partes, y les ofrece con este fin, la facultad de limitarlo según su propio interés, a los hechos realmente controvertidos quedando fuera del debate, aquellos hechos admitidos como efecto de la libre determinación de los litigantes. A tal fin, la ley admite que mediante un negocio jurídico procesal, unilateral o bilateral, las partes puedan excluir del debate probatorio no sólo ciertos y determinados hechos (Art. 397 C.P.C.), sino lo que es más radical, el debate probatorio mismo, cuando el demandado haya aceptado expresamente los hechos narrados en el libelo, o cuando las partes de común acuerdo, convengan en ello (Art. 389, Ord. 2º y 3º, C.P.C.)

En este mismo orden de ideas, Guerrero (2008, 75-76), establece unas diferencias para distinguir los hechos admitidos en virtud de que, existe el hecho afirmado por una de las partes y admitido por la otra, o por ambas, y la admisión del hecho a través de la confesión judicial o posiciones juradas; estas diferencias las clasifica en: (i) *En orden a su origen*. La admisión del hecho es una actividad espontánea de la parte y lo realiza en forma libre; mientras que la confesión judicial no es libre ni espontánea sino provocada, pues se trata de un medio de prueba que propone la parte contraria. (ii) *En razón al momento en que se producen*. La admisión de los hechos se produce después de afirmados los mismos, por un motivo o causa establecida en la ley. En cambio, la confesión provocada se produce en el momento de la realización de la prueba (ej: aceptando el hecho de modo expreso o no acudiendo al acto de realización de la prueba. En tales casos, por ejemplo, que exista capacidad para obrar y se trate de materia disponible). (iii) *En atención al juramento y cumplimiento de requisitos*. En la admisión de hechos no se exige ni juramento ni requisitos especiales para su realización, salvo en este último caso que haya inaptitud para aceptar o se trate de materia indisponible. La confesión provocada requiere se realice siempre bajo juramento (Art. 403, C.P.C.). (iv) *Por su valoración*. Los hechos admitidos no son objeto de valoración, mientras que la prueba de confesión si será valorada por el juez.

Continúa el citado autor argumentando que la regla general es, que si el demandado admite clara y positivamente los términos de la demanda, concluye el juicio, cuya consecuencia es el dictamen de la sentencia en su contra sin necesidad de otra prueba ni trámite, pues obligan al operador de justicia a considerarlos como probados, a excepción de que la ley requiera de otro medio conducente a la prueba, o que la parte que los admite no pueda legalmente confesarlos, o que esa admisión sea producto de fraude, o

en el caso de que esos hechos sean contrarios a alguna expresa disposición legal, atenten contra el orden público o las buenas costumbres.

Y en cuanto a la confesión ficta, este autor, considera que para que se materialice no sólo se requiere que el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados legalmente, sino que además no sea contraria a derecho la petición del demandante y nada probare que le favorezca (362 *eisdem*). Es así como para la parte demandada que no dio contestación a la demanda, el objeto de la prueba se fundamenta no en afirmaciones que recaen en hechos, sino el hecho como tal traído a colación para desvirtuar los alegados por parte de su contrario, a fin de destruir la aceptación tácita de aquéllos, siempre y cuando no incorpore hechos nuevos, o excepciones, que por su naturaleza han debido plantearse en el acto de contestación de la demanda y, una vez precluido el plazo para ejercerla, no se podrán admitir alegatos de hechos nuevos (*nova producta*), ni la contestación de demanda, ni la reconvención ni las citas de terceros a la causa (artículo 364 *ibidem*).

2.3.2.3.2. Hechos notorios

El principio de que lo notorio no requiere prueba, se trata de un principio que informa al proceso en general. Por consiguiente, es el hecho cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia, de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la sentencia: Sus características son la universalidad, el conocimiento absoluto y efectivo, así como su permanencia o perdurabilidad natural en el recuerdo.

Por otra parte, su notoriedad trae como lógica consecuencia, y he aquí la importancia de su estudio, que se torna innecesario producir prueba para

acreditar su existencia; sin embargo, existen opiniones diversas entre los connotados autores en contra de la exención de prueba del hecho notorio, aunque la mayoría la acepta.

En este sentido el maestro colombiano Devis, (1993, 214-221), hace una recopilación y síntesis de esas dos opiniones; que a continuación se exponen:

1) *Autores que no le reconocen a la notoriedad, por sí misma, la consecuencia de eximir de prueba al hecho y exigen que aquélla se alegue y no se discuta por la parte contraria.* Entre estos autores se cuentan Bentham, Florian, Lesiona, Carrara y Ellero.

Para Bentham: “hay casos en que los hechos son tan notorios que ni la parte adversa se atrevería a negarlos sin exponerse a una imputación de mala fe”, y entonces “se podría exigir a la parte una declaración a fin de que reconociese esos hechos como verdaderos”, con las formalidades legales. Es decir, exige que el hecho sea aceptado por la otra parte, sin que baste que se alegue su notoriedad. De acuerdo con este concepto, dice en el párrafo anterior: “La palabra notoriedad en materia judicial, resulta precisamente muy sospechosa. Es un pretexto muchas veces utilizado cuando no hay asomo de prueba o cuando la prueba se hace demasiado difícil.”

Florian opina que por la circunstancia de ser notorio un hecho no deja de existir la posibilidad de que se convierta en objeto de prueba, “ni de ser obligatoria su prueba”. Al examinar el principio según el cual *notoria non egent probationem*, este autor señala que las fuentes de la notoriedad son múltiples, por lo general intrascendentes y a menudo falaces; que no

comporte la opinión común contraria, de que lo notorio no debe probarse, y que, por el contrario, la notoriedad debe ingresar al proceso, sometida a las normas y exigencias de éste, que no excluye la discusión entre las partes. Sostiene que el juez no puede considerar como existente el hecho por ser notorio, a espaldas de las partes, de manera que si se niega ese hecho se hacen “aplicables sin ambages las normas comunes sobre la prueba”: Y concluye diciendo; “La notoriedad no exonera por sí misma de prueba los hechos que la acompañan; pero sí los podrá eximir de prueba cuando, una vez planteada, como objeto de controversia en el proceso, la cuestión de sus existencia , no surjan discusiones al respecto”

Lesona comparte la opinión de Florian y cita a Strick, para quien sólo cuando el hecho que se alega ser notorio resulta “cierto e indubitado”, no necesita prueba, pero “porque es cierto, no porque es notorio”,; en cambio, si el adversario lo pone en duda o lo niega, debe suministrarse su prueba, a menos que sus negaciones sean “absolutamente frívolas y contrarias al sentido común y al común saber de todos“, mas sólo porque “es inútil negar lo que es ya cierto: aquello de lo cual ninguno duda”. Concluye diciendo: “Lo verdadero no necesita ser notorio. Probar la notoriedad no equivale a probar la verdad, a menos de decir que es notorio lo que, no sólo es verdadero, sino también conocido, como tal, por todos. Y entonces la notoriedad es un requisito superfluo, porque la ley se contenta con la verdad.”: Al maestro Devis, el razonamiento de este último párrafo no le parece lógico, porque generalmente la ley exige la prueba de la verdad, a pesar de contentarse con ésta, y la notoriedad exime de tal prueba con excepción.

Carrara y Ellero consideran que debe obrarse con suma precaución, para eximir de prueba al hecho notorio.

2) Autores que eximen de prueba al hecho notorio, sin exigir que se alegue la notoriedad y sin que importe su discusión por una de las partes.

La doctrina alemana moderna acepta sin vacilación que los hechos notorios no necesitan prueba. Para Rosenberg no solo es innecesaria la prueba, sino que tampoco se requiere que el hecho notorio sea afirmado por la parte interesada. Dice: “El tribunal puede y debe tener en cuenta hechos evidentes también cuando ninguna de las partes lo ha invocado o cuando su afirmación fuere inadmisibile en la instancia de revisión. Para el ilustre profesor alemán, cuando la notoriedad sea conocida por el juez, no se requiere prueba alguna ni del hecho ni de tal notoriedad; cuando el juez no la conozca, basta probar la notoriedad, sin que haga falta llevar prueba del hecho mismo. Schonke reconoce que los hechos notorios están eximidos de prueba. Kisch dice, en igual sentido: “Los hechos notorios, de cualquier clase que sean, no necesitan ser probados; se llevan a los fundamentos de hecho de la demanda, sin más” Lent afirma que no necesitan prueba aun cuando sean discutidos.

La doctrina italiana del presente siglo ha estado dividida como se advierte en las citas de Lessona y Florian; pero los contemporáneos se deciden por la aceptación de la norma que exime de prueba el hecho notorio, consagrada en el art. 115 del actual Código de Procedimiento Civil (italiano), que autoriza al juez para poner como fundamento de su decisión y sin necesidad de prueba. “las nociones de hecho que forman parte de la experiencia común”. En este sentido es la opinión de Rocco, para quien la notoriedad los convierte en hechos fuera de discusión en el proceso. Carnelutti defiende la misma tesis, pero desde otro punto de vista, pues considera la notoriedad, no como razón para eximir de prueba al hecho, sino “como una forma de prueba” (opinión rechazada los otros autores citados, tanto alemanes como

italiano y españoles) y condena la amalgama de la admisión del hecho por el contrario y la notoriedad; considerándola prueba suficiente a pesar de que el hecho no sea admitido por la parte contraria. Michelle opina que el juez puede tener en cuenta un hecho notorio, “precisamente sin necesidad de prueba, aun cuando el hecho resulte controvertido” y a pesar de que el interesado no lo haya afirmado, e, inclusive, “en caso de oposición entre el hecho (aceptado) de la causa y el hecho notorio, el juez deberá tener como verdadero el segundo, considerando, por consiguiente, el primero como imposible”. Chiovenda compartía esa tesis, a pesar de no existir en el anterior código italiano vigente cuando el gran maestro escribió, norma que la consagrara; en efecto, excluía del objeto de prueba los hechos notorios, porque “no exigen prueba”. Calamandrei y Allorio son de la misma opinión. Scardaccione cita reiteradas decisiones de casación, en el mismo sentido, de los últimos diez años.

La doctrina española está de acuerdo con la italiana y la alemana. Guasp dice que quedan fuera del tema de prueba, por razón de la actividad que el conocimiento del dato supone, “aquellos hechos cuyo conocimiento es de tal intensidad que no se necesita, con respecto a los mismos, un acto especial dirigido a obtener el convencimiento del juez. A esta categoría pertenecen, típicamente, los hechos notorios”. Opina, además, “que la notoriedad es una auténtica hipótesis de exención de prueba”, que debe admitirse aun cuando la ley no lo consagre, “puesto que una negativa en este punto llevaría resultados absurdos”. Silva Melero dice que las máximas de experiencia que el juez puede aplicar de oficio, “no sólo permiten explicar el brocárdico *notoria non egent probatione*; y cita el concepto de Caravantes, quien sostiene que “cuando los hechos sean de tal manera patentes, que no dejan lugar a dudas, no es necesaria la prueba judicial, por falta de objeto sobre el que pueda recaer, al paso que, cuando sean dudosos o se contradigan,

dicha prueba será necesaria”. Fenech reconoce que “el hecho notorio no exige prueba y que pueden los titulares del órgano jurisdiccional requerir cuantos informes sean precisos para asegurarse de la notoriedad del hecho”. También Aragonese disiente de Florian y acoge la opinión dominante de que hallan exentos de prueba los hechos notorios. Gomez Orbaneja y Herce Quemada dicen expresamente que “el hecho notorio no necesita ser probado”; que su esencia está en ser conocido por todos, no porque el juez lo conozca a través de un número mayor o menor de personas; que en la jurisprudencia española ha habido dificultad para eximirlo de prueba, debido al inconveniente de trazar sus límites y a una confusión de los conceptos de admisibilidad y necesidad de la prueba, pero que si el hecho notorio no requiere prueba, ello no significa que no pueda haber prueba sobre él. Prieto Castro opina que si bien la jurisprudencia exige generalmente la prueba del hecho notorio por aplicación del principio dispositivo, los hechos de fama pública absoluta y las máximas de experiencia al alcance de cualquier persona, “pueden ser tenidas en cuenta por el juez de oficio, porque a pesar de todo, no hace con ello una aportación de los hechos de fama pública absoluta y las máximas de experiencia al alcance de cualquier persona, “pueden ser tenidas en cuenta por el juez de oficio, porque, a pesar de todo, no hace con ello una aportación de hechos y no atenta contra el principio de justicia rogada, y porque, en último extremo, éstos se pueden calificar de evidentes”.

En Portugal, Joao de Castro Mendes, opina que la noción de notoriedad es “lógicamente indispensable en el derecho procesal” y acepta que estén exonerados de prueba y de alegación, como lo dispone precisamente el art. 518 del C. de Pr. C. portugués.

La doctrina sudamericana concuerda con la predominante en Europa. Alsina dice que “están excluidos de prueba los hechos notorios”. Couture estima que “en los casos en los cuales las partes no han suministrado prueba de un hecho, el juez puede dar por admitido este hecho si éste forma parte de su experiencia normal de las cosas de la vida”. Antonio Rocha termina aceptando esta doctrina, con la restricción de que la notoriedad debe ser permanente, no obstante estar de acuerdo con Bentham en que se trata de una noción sospechosa y a menudo utilizada para compensar la falta de prueba. El mismo concepto exponen, en Brasil, A. A. Lopes Da Costa, Pontes De Miranda y Amaral Santos.

2.3.2.3.3. Hechos imposibles

También llamados hechos indefinidos, y según Bello (2007, T.I., 100-101), son aquellos que no tienen ubicación ni en el tiempo ni en el espacio, es decir que su indeterminación imposibilitan su demostración, lo cual no quiere decir que no se pueden demostrar los hechos como se manifiestan o exteriorizan los mismos, o los efectos que producen dichos hechos, pero el hecho en sí, intangible e indeterminado es imposible de ser demostrado en la secuela de una contienda judicial.

Por otro lado Devis, considera que la imposibilidad de un hecho debe aparecer como algo notorio e indudablemente absurdo, de acuerdo con el concepto de expertos y no por los conocimientos personales del juez, a menos que pertenezca a las reglas comunes de la experiencia. La imposibilidad puede referirse a los medios de prueba que la ley permite, a su absoluta e indudable incapacidad para establecer el hecho, pese a ser admitida comúnmente su existencia, como sucede con Dios o con el alma

humana; esta clase de imposibilidad puede consistir en una absoluta prohibición legal.(1993, T.I., 205-206).

En la doctrina se ha utilizado este concepto y se ha dicho que el hecho imposible está excepto de prueba. El hecho imposible conforme a su término no existe. Si es hecho, obviamente, existe o puede ocurrir, si es imposible es porque no puede ocurrir. Es claro que ese calificativo en parte puede provenir de los niveles actuales de ciencia, y es posible que un hecho calificado de imposible hoy, mañana pueda comprobarse.

De este modo, cuando se hable de hecho imposible se está hablando de un hecho inexistente, por tanto no puede probarse. Frente a una situación de esa que se proponga un hecho imposible lo que debe argumentarse es su imposibilidad y para ello se requerirá la opinión de la ciencia respectiva.

2.4. La carga de la prueba en particular

Cuando el enunciado acerca del hecho principal es considerado como verdadero sobre la base de las pruebas debidamente practicadas conforme al debido proceso, se resuelve el hecho controvertido y la incertidumbre queda superada; pero cuando no ocurre así, porque no han sido probados todos o algunos hechos principales, surgen importantes problemas, y deben aplicarse algunas reglas procesales, entre ellas la denominada carga de la prueba.

Para el maestro Cernelutti (citado por Rivera 2007, 222), la carga de la prueba afecta de modo directo la búsqueda de los hechos, que en última instancia son la base, en el proceso concreto, de la verdad y la justicia. Cuando las pruebas son admitidas en el proceso ya no pertenecen a los

sujetos procesales, sino que forman parte de la comunidad de la prueba y caen bajo la potestad del juez para someterlas a su apreciación y análisis y extraer de ellas los elementos de convicción.

Por otra parte, para el maestro Carnelutti (1944, 94-96), la carga de la prueba ha de traducirse en la obligación para el juez de considerar la existencia o no de un hecho, según que una de las parte le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su existencia., soportando el riesgo de falta de prueba, aquella parte que tenga interés en aportar la prueba y para poner en funcionamiento la carga de la prueba, es decir, para hacer recaer sobre cada una de las partes las consecuencias de su inacción en materia de prueba, se hace necesario, elegir entre las partes, tomando como base un criterio diferente del interés en la prueba, a cual de las partes deba perjudicar la falta de prueba.

Continúa el maestro considerando que la carga de la prueba constituye un instrumento para alcanzar el fin del proceso, que no es la simple composición, sino la composición justa del litigio: no por ello la carga reacciona sobre la parte que pueda aportar una contribución más útil a la convicción del juez; y cuando dicha convicción haya de formarse en defecto de prueba, en otras palabras, cuando el juez no atienda una afirmación sólo porque la parte no la ha probado, ofrece la probabilidad máxima de coincidencia de dicha convicción con la realidad; por lo que la carga de probar recae sobre quien tiene el interés de afirmar; de ese modo, quien propone la pretensión, tiene la carga de probar los hechos constitutivos, y quien propone la excepción, tiene la carga de probar los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas.

Con esas premisas, el maestro considera que la carga de la prueba se traduce:

- a) en la prohibición al juez de buscar por sí la prueba que no haya sido suministrada por las partes;
- b) en la distribución entre éstas del riesgo de la prueba que falte, o en otras palabras: de la incertidumbre de los hechos.

Chiovenda (citado por Bello 1991, 99), mantiene la tesis de que no se puede hablar propiamente de un deber de probar, sino tan sólo de una necesidad o carga, pues la falta de prueba trae como consecuencia una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponde la carga de probar soporta la consecuencia de la falta de prueba.

La carga de afirmar y probar debe distribuirse por igual entre las partes, dejando a la iniciativa de cada una hacer valor los hechos que quiera que sean considerados por el juez como los verdaderos.

Para el tratadista italiano, la carga de la prueba se reduce, en cada caso concreto, a establecer cuáles son los hechos que, considerados como existentes por el juez, deben ser suficientes para inducirlo a estimar la demanda; esto es, los hechos constitutivos.

Devis (1993, 424-426), previo a una definición de la carga de la prueba distingue dos aspectos de la noción: 1) es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la

prueba de tales hechos. 2) es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

De los dos aspectos anteriores, el ilustre maestro colombiano deduce la siguiente definición: *Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.*

Guasp (citado por Bello 2008, 311), señala que la carga de la prueba consiste en el riesgo que corre el litigante de que el juez no se convenza de ciertos datos procesales, no pudiendo sufrir el perjuicio la parte a quien favorezca el convencimiento del juez sobre tal dato, por lo que las partes no solo tienen la carga de alegar los datos que le interesen, sino también, en segundo lugar, de probarlos, determinándose su interés por el hecho de que el dato en cuestión funcione como supuesto de hecho de una norma jurídica cuya aplicación le interesa, lo que equivale en definitiva a señalar, que cada parte soporta la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le sean favorables.

Según Parra, (2008, 249), la carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los que sustentan las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados, además de

indicarle al juez cómo debe sentenciar cuando no aparezcan probados tales hechos.

Continúa el autor dando razón de que el uso de la palabra autorresponsabilidad significa que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. La parte que soporta la carga, tiene necesidad de que aparezca probado el hecho, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. Dicha necesidad surge de la parte, porque sería su consecuencia de no hacerlo, lograr un resultado contrario al esperado si un hecho determinado no aparece probado.

El actor, al preparar su demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa sean probados en el proceso, por lo que está conciente de la necesidad de que aparezcan demostrados.

La carga de la prueba le permite al juez dictar sentencia, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de la parte que incumplió.

Para los probacionistas patrios Bello y Bello (citados por Bello 2008, 312), la consideran como la distribución que el propio legislador hace del riesgo de la falta de la prueba, de un hecho afirmado o incierto, de donde se concluye que el efecto de esa falta de prueba, ha de recaer en principio sobre la parte que tenía la carga de aportarla y no lo hizo.

La carga de la prueba resulta una noción procesal que consagra una regla de juicio de carácter subjetivo y concreto, que le indica a las partes en el proceso judicial qué pruebas deben aportar para demostrar los hechos afirmados o negados que sirven de presupuesto de la norma jurídica que

consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa que les benefician y que han solicitado en su pretensión o excepción, para evitar sufrir la consecuencia de prueba de dichas afirmaciones o negaciones, como lo es la pérdida o guía al operador de justicia, para producir su decisión en aquellos casos de ausencia o insuficiencia de material probatorio, señalándole contra quien debe fallar.

De las anteriores concepciones doctrinarias acerca de la carga de la prueba, se puede extraer que está concebida para que, tanto las partes como para el juez tienen la posibilidad de desarrollar una dinámica o intensa actividad probatoria; las partes cuando aportan la prueba de sus afirmaciones o excepciones y el juez de actuar de oficio, cuando ambas partes o una de ellas dejan de aportar las pruebas que conduzcan al logro del fin último como es la justicia.

Conforme al análisis realizado en esta investigación sobre las diversas teorías acerca de la carga de la prueba se debe asumir que esta tiene varias vertientes, que son inseparables, puesto que de alguna manera se condicionan.

Estas vertientes se sitúan así: a) desde el punto de vista de las partes, la carga procesal se erige en una actividad que deben realizar los litigantes para probar sus afirmaciones sobre los hechos, pues, la falta de actividad probatoria puede devenir en un resultado negativo en su contra. Obviamente, no es absoluto que la pasividad tenga como consecuencia la decisión en contra, pues hay principios aplicables que cobijan a todos como es la comunidad de la prueba, b) en cuanto regla de juicio, en el momento que haya insuficiencia de prueba el juez debe apelar al criterio de la carga de la prueba en el sentido de preguntarse ¿Quién debía probar y no probó?, c)

una vertiente en razón de los valores superiores de verdad y justicia, el juez en su análisis o en la aplicación de las facultades probatorias puede establecer una carga dinámica, aplicando criterios con facilidad y acceso a la prueba.

CAPITULO III.

VERDAD Y PROCESO

3.1. El principio dispositivo

Se dice que en un proceso rige el principio dispositivo o de presentación de las partes, cuando corresponde sólo a éstos determinar el alcance y contenido de la disputa judicial y queda el tribunal limitada a la sola consideración de lo que los litigantes han planteado ante él. Este principio encuentra su justificación en que el objeto de la controversia es siempre una relación jurídico-privada, en la cual no está interesado el Estado, y por lo tanto, debe quedar librada al poder de disposición de los particulares la materia o el interés cuya tutela procuran en el proceso. En cambio, rige el principio inquisitorio, cuando el juez aún teniendo frente a él a dos partes, esté desvinculado, para la investigación de la verdad, de las iniciativas y de los acuerdos de los mismos (Rengel, 2007, V. I, 184)

Este principio se fundamenta sobre cuatro bases, **1)** no hay juicio sin actor (sin demanda). **2)** el tema a decidir lo establecen las partes, (*thema decidendum*), por lo que tienen una carga de afirmación o alegación. **3)** el juez no puede decidir sobre argumentos de hecho no alegados por las partes (*extra petita*), ni condenar a algo distinto a lo pedido por los litigantes (*ultra petita*). **4)** el juez decide en base a lo probado por las partes.

Nuestro Código de Procedimiento Civil recoge estas bases en diferentes artículos, la primera, en el art. 11, al expresar en el encabezado “En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte; la segunda, extendida en los artículos 340 ordinal 5, y 361; al requerir, al actor que en el libelo de la demanda exprese la relación de los hechos en que se basa la pretensión (art. 340, ord. 5); al demandado, en la contestación, las

razones, defensas o excepciones perentorias que creyere conveniente alegar (art. 361); la tercera, al juez, decidir con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, (art. 243), siendo nula la sentencia por decidir más haya de lo pedido, es decir contenga ultrapetita (art. 244); la cuarta, también al juez el deber de atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados (art. 12).

Mientras que en el sistema dispositivo, ligado a la posibilidad de las partes de disponer del derecho subjetivo propio (desistir, convenir, etc.), lo que se busca es la verdad formal, que solo alude a los hechos aportados por las partes, dejando ver al juez como un simple espectador del proceso; en el sistema inquisitivo lo que se busca es la verdad material, y se basa en el poder de investigación oficiosa del juez sobre los hechos; por lo que, si se permitiera la aplicación pura del principio dispositivo, podría quedar condicionada la verdad a la habilidad y capacidad económica de las partes para promover y evacuar medios probatorios, y alejaría al juez del deber de aplicación de los principios de justicia e igualdad; por lo que en la actualidad se ha ido superando la concepción tradicional de que los jueces deban decidir conforme a lo que ha sido probado por las partes, en el sentido absoluto y en excesivo apego a la concepción privatista del proceso en que se ha entendido el principio dispositivo, permitiendo la coexistencia de los principios dispositivos e inquisitivos en un mismo sistema.

En este sentido, es importante destacar el trabajo realizado por el doctrinario patrio, Cabrera (1980, 9-17) quien afirmó que los artículos 11 y 12 del CPC; -equivalentes a los también artículos 11 y 12 del código vigente- rompían con el gobierno del proceso dispositivo en el proceso civil; el artículo 11, a la salvedad de la actuación de oficio que se le otorga al juez, en los

casos en que la ley lo autorice, o cuando, en resguardo del orden público o de las buenas costumbre, sea necesario dictar cualquier providencia legal aunque no la soliciten las partes, que al coordinarse con el art. 12, que exigía al juez ajustarse de conformidad a los postulados dispositivos, rezando el artículo: "...debiendo atenerse a lo *alegado y probado* en autos, salvo lo dispuesto en el artículo anterior"; reflejándose con esos preceptos la tolerancia de la existencia en el país de los procesos inquisitorios de carácter civil, por lo que sostiene la idea de que el juez, conforme a la letra del CPC, sí le está permitido actuar en materia probatoria dentro del proceso civil regido por el principio dispositivo, y que por tanto su actuación va más allá de ser un árbitro que persigue el cumplimiento de las reglas de un juego, negando el postulado de la exclusividad la prueba de los alegatos de las partes.

En la reforma del Código de Procedimiento Civil (1986), aunque regido por el principio dispositivo, en los artículos 401 y 514 (auto para mejor proveer)) se le otorgó al juez iniciativas probatorias, básicamente para ampliar el conocimiento o aclarar dudas (art. 514) sobre los hechos controvertidos, de manera que le permita llegar a la verdad y dictar con ella una sentencia justa.

En este sentido la Sala de Casación Civil en Sentencia del 15 de junio de 2005, con ponencia de la Magistrado Yris Armenia Peña, citada en sentencia dispuso:

"..los autos para mejor proveer son providencias que el juzgador puede dictar de oficio, en ejercicio de sus facultades discrecionales, cuando su prudente arbitrio lo considere conveniente y sin que pueda obligársele a resolver en forma alguna, cuando una de las partes requiera que sea dictado un

auto. No se trata de pruebas que las partes puedan promover, ni de defensas que ellas puedan utilizar, sino de actos privativos y discrecionales para los cuales está facultado el juez, y que le sirven para esclarecer, verificar o ampliar por sí mismo, determinados puntos, ya constante en autos, cuando lo considere necesario para la formación de su mejor convicción a los fines de lograr una decisión justa...”

3.1.1. Carga procesal en general

Todo el proceso civil descansa sobre la concepción de que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios, sino como una potestad, en el sentido de que a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y a su no realización se le acarrearán consecuencias perjudiciales. En el proceso, generalmente no existen deberes ni obligaciones, sino cargas, que se conciben como facultades que pueden ejercitarse en beneficio del interés propio, pues si su no ejercicio perjudica a la parte, su ejercicio le beneficia. Montero (2005, 109)

El maestro Davis (1993, T.I. 420-421), concibe a la carga como una relación jurídica activa, en contraposición de la obligación y el deber, que son relaciones jurídicas pasivas quien luego de analizar diversas teorías la define como *un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.*

En ese sentido, para Bello (2007, T.I., 307), la *carga procesal* viene siendo el poder, facultad o potestad del cual se encuentra investido el sujeto procesal -bien sea accionante o accionado- de realizar actos procesales o

adoptar determinadas conductas en el proceso, en su propio beneficio. Las cargas procesales no son una obligación, sino que son deberes, si se quiere para sí mismo, puesto que solo le traen consecuencias jurídicas adversas cuando dejan de cumplirse, sin que puedan los demás sujetos procesales obligar o exigirle la realización del acto o conducta, por lo que en la carga la parte actúa como quiere, tal como sucede con la materia de pruebas, contestación de la demanda o la presentación de informes.

Este autor patrio, ofrece como elementos característicos de la carga procesal, los siguientes:

- Es un poder, facultad o potestad que tienen los sujetos procesales, pues sólo estos tienen el derecho de realizar los actos procesales o adoptar las posturas procesales que consideren pertinentes para la defensa de sus derechos e intereses.
- Ese poder o facultad se realiza en beneficio exclusivo de quien realiza el acto o asume la conducta procesal.
- Como poder o facultad de los sujetos procesales, no puede ser exigida su observancia por los otros sujetos procesales.
- Solo quien tiene ese poder o facultad procesal, sufrirá las consecuencias desfavorables o adversas de la falta de realización del acto o conducta procesal.

3.1.2. Derecho a promover pruebas

El derecho a promover que es lo mismo a proponer los medios probatorios, es un derecho general para todos lo que acuden o están ante los jueces y tribunales en defensa de sus derechos e intereses. No es solo para

el demandado, sino también para el accionante. La promoción de prueba ha de adaptarse a las normas reguladoras del proceso correspondiente, No produce indefensión cuando se les inadmite debidamente, esto es, en aplicación de normas procesales válidas, en razón de que el proponente no se adecuó a las regulaciones respectivas a su propuesta. Produciéndose indefensión cuando se impide u obstaculiza el derecho a proponer los medios probatorios pertinentes sin fundamento legal y arbitrariamente, por lo que se hace necesario analizar si efectivamente hay un menoscabo real de los derechos defensa con el impedimento u obstaculización de proponer medios probatorios, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas que se proponían, o porque quede acreditado que el interesado, a pesar del impedimento, pudo en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses. Se producirá lesión al derecho fundamental de proposición de pruebas, cuando el medio propuesto fuese de tal calidad que su inadmisión pudo haber alterado el resultado del proceso. Rivera (2008, 100-101).

3.1.3. Derecho a practicar las pruebas admitidas

Una vez iniciado el lapso de proposición de medios de prueba, consecuentemente surge el derecho de la parte para que ese medio sea admitido, siempre que la proposición cumpla con los requisitos procesales de tiempo, modo y lugar, esto es, que la proposición haya sido hecha válidamente. En otras palabras la prueba al haberse propuesto regularmente conforme a la ley procesal, no puede ser objeto de prohibiciones, que se configuran como límites a los medios probatorios; para ello los medios probatorios promovidos deben cumplir con los requisitos de oportunidad procesal, pertinencia, idoneidad y legalidad, y que esos medios de prueba

promovidos sean capaces de llevar el hecho al proceso con plenitud, y, que no esté prohibido por la ley. Rivera (2008, 102)

3.1.4. Derecho a que se consideren las pruebas practicadas

La garantía constitucional de la tutela efectiva y el debido proceso y sus instrumentales derecho a la defensa y de probar, establecido en los artículos 26 y 49 de nuestra carta magna, conllevan al derecho a que la prueba propuesta, admitida y practicada, sea considerada por el juzgador. Y en cuanto a la valoración de la prueba; se ha dicho que una de las finalidades de la actividad probatoria es llevar convicción al juez, de modo que cobra especial importancia en el momento de la decisión que, el juez, tome en cuenta la prueba producida regularmente. Rivera (2008, 103); siendo necesario acotar aquí, de que el hecho de que el juez revise una prueba no significa que la valore.

3.2. El Carácter Público del proceso

Según Rodríguez (1983, 98-101), una vez que la tutela procesal de los intereses privados ha sido reclamada, los particulares no pueden ser quienes determinen la forma en que ella debe desarrollarse. Vale decir, el Estado está interesado en el funcionamiento de la institución procesal, y una vez requerida su intervención para que ordene la protección de los derechos subjetivos particulares, los titulares de éstos quedan desligados de todo lo que sea el manejo de los instrumentos de que el Estado ha de servirse para lograr la protección. Lo protegido pertenece integralmente a los particulares, pero la protección debe ser organizada y vigilada por órganos estatales específicamente destinados a la tarea.

Para el autor patrio, la verdad en el conflicto entre los intereses particulares y el interés público está en el justo medio. En otras palabras, el ordenamiento del proceso debe respetar las manifestaciones del derecho de las partes que constituyen las proyecciones de sus derechos subjetivos. Pero el interés público está obligado a intervenir en todos aquellos aspectos que, aún estando conectados con las relaciones privadas hechas valer en juicio, no son derivaciones o proyecciones del derecho subjetivo particular, sino formas de la tutela organizada por el Estado. De manera tal que el interés público y el interés privado coexisten en el proceso civil, y situándolos dentro de sus justos límites, no hay posibilidad de interferencias entre ellos.

La tesis del carácter público del proceso, se impuso a la tesis del carácter privado del mismo, aludiendo el autor a las explicaciones que ofrece Alsina con respecto a la difusión que en la doctrina procesal ha tenido la tesis mencionada, entre las cuales destacan:

- 1) La evolución de los estudios procesales, en cuanto a la idea predominante de que el proceso civil interesaba exclusivamente a las partes, siendo los primeros enunciados los que entendían a la relación jurídica procesal, como un vínculo establecido exclusivamente entre demandante y demandado; la sustitución del concepto de procedimiento por el de proceso, la necesidad de estudiar más íntimamente esta última noción hasta descubrir sus profundas conexiones con la totalidad del orden jurídico, condujeron a los tratadistas a concluir de que entendido como medio para custodiar la integridad del derecho objetivo, el proceso no podía ser un instrumento de naturaleza privada. Por esa razón el carácter público del proceso está estrechamente relacionado a los descubrimientos de la escuela

científica de ese instituto, la cual logró aislarlo, separándolo de las diversas nociones que enturbiaban totalmente su visión objetiva.

- 2) Las transformaciones del derecho privado, con creciente tendencia a su socialización, como el Derecho del trabajo, el Derecho de familia, la defensa del “débil jurídico”, son manifestaciones de los cambios ocurridos en el derecho privado tradicional. Y al analizar la correlación de fuerzas en el ámbito procesal, puede concluir por admitir que las correspondientes al orden estatal ocupan una zona mayor que la reservada a los particulares.
- 3) El avance, cada vez más acentuado, del derecho público en campos que habían sido reservado al derecho privado, manifestándose con más agudeza en el derecho administrativo. En el orden administrativo se observa cómo cada día más el Estado penetra numerosas zonas que anteriormente eran consideradas como sagrados de la libre concurrencia, como lo es su actividad económica realizada directamente o a través de instituciones descentralizadas. Por eso el Estado examina también el ámbito del proceso civil. Por eso pesa los diversos intereses que coexisten en el mismo, y advierte con claridad los alcances de su propio interés como sobrepuesto a aquellos que ponen en movimiento los justiciables.

De esta visión exterior de Alsina recogida por el profesor Rodríguez, éste la completa con una visión interna del fenómeno civil, observando:

- 1) Si bien la Jurisdicción constituye una de las funciones del Estado, esa función surge para componer conflictos y controversias de intereses, en todos aquellos casos en los cuales los poderes jurídicos de los interesados son insuficientes para resolver tales conflictos. La ingerencia del Estado en la composición de los conflictos, resultado del

progreso natural de la vida social, lleva necesariamente a la institución de una función pública, confiada a ciertos órganos que se especializarán en la resolución de los conflictos entre los particulares; razón por la cual, al principio de la justicia pública se le atribuye: a) la prohibición de la autodefensa; y b) la prohibición del ejercicio de la Jurisdicción por órganos que sean extraños al propio Estado; aunque ésta última atribución, se encuentra en la actualidad superada por lo que actualmente se denominan los medios alternativos de solución de conflictos, que permiten la elección de los particulares de jueces privados para solucionar sus conflictos, pero siguiendo estos siempre la tutela del Estado.

- 2) Si la Jurisdicción es una función pública, el proceso constituye el *momento dinámico del desarrollo de la Jurisdicción*, por lo cual ese momento tiene necesariamente carácter público. Ese *momento* llamado proceso es, exteriormente, una sucesión de actos, y esto constituye su realidad material; pero su realidad jurídica, su aspecto interior, se revela como una relación jurídica plurilateral, en la cual intervienen particulares (las partes) y el juez. Esta Jurisdicción se encuentra estructurada por, el derecho de acción (relación del actor para con el Tribunal, el derecho de contradicción (relación del demandado) y el poder jurisdiccional. Este último corresponde al Juez, el cual lo ejerce tanto en la dirección de la litis como en la solución final del conflicto. Ese poder, “más que facultad, encierra la idea de *autoridad* (enraizada en normas constitucionales) genérica, abstracta, meramente potencial, que podrá tornarse efectiva y ejercitarse en concreto solamente previa una solicitud de los particulares”

Pero la solicitud de los particulares no condiciona el carácter de la Jurisdicción, la cual es, en sí, función pública. De la misma

manera que esa solicitud tampoco puede condicionar el carácter del momento dinámico de la Jurisdicción, el cual, siguiendo la suerte del todo, es igual y necesariamente público.

Continúa el citado autor afirmando que, para entender el carácter público del proceso se debe hacer la distinción entre la relación jurídica de derecho material que corresponde a los particulares, y la relación jurídica procesal, de carácter esencialmente público.

El hecho de que todos los argumentos nos dirijan hacia la afirmación indiscutible del carácter público del proceso, no significa en modo alguno que olvidemos al principio dispositivo. Sólo que éste debe ser entendido dentro de sus exactos límites.

En este sentido, el autor italiano Capeletti (1972, citado por Cabrera 1980, 17-18), distinguió entre el principio dispositivo en sentido sustancial o material y principio dispositivo en sentido procesal. En sentido material, el principio dispositivo está conectado con la disponibilidad del derecho subjetivo material o de la relación jurídico material que se hace valer en el proceso, la cual, por ser de la esfera del interés de las partes, puede ser dispuesta por éstas de acuerdo a su conveniencia, sin que el juez pueda intervenir en relación con esa disposición. Pero, el principio dispositivo en sentido procesal, entendido éste como el manejo de la técnica del proceso por las partes, no tiene el mismo alcance, ya que la relación jurídica procesal pertenece al interés público y por consiguiente no se puede entender que ella esté condicionada por la voluntad de los particulares, ni sea monopolio de las partes.

La relación jurídica de derecho procesal es pública y por tanto indisponible y si la técnica de la prueba pertenece al ámbito del proceso, el Juez podrá traer elementos de hecho sin que con esto se lesione el principio dispositivo, siempre que la verificación del Juez no tenga por objeto hecho no alegados por los litigantes.

Cabrera, continúa alegando que el proceso no busca mantener el interés privado de los litigantes, sino el interés público de proteger el orden jurídico, lo que se logra al evitarse sentencias injustas, por lo que una vez iniciado el juicio, todo lo relativo al manejo de la relación jurídica procesal, debe estar en cabeza del Juez, como órgano del Estado que tutela los intereses públicos.

3.3. Finalidad del proceso

El proceso persigue la realización del derecho mediante la recta aplicación de la norma jurídica al caso concreto, que es un fin de interés público. El proceso civil moderno tiende firmemente hacia la verdad, gracias a la libertad de apreciación y a las facultades inquisitivas del juez (Devis 1993, T.I., 251-252).

De la bibliografía consultada, se encontraron dos posiciones en cuanto al objetivo en el proceso judicial acerca de la averiguación o no de la verdad.

En cuanto a la primera posición encontramos a Parra (2008, 168), para quien “la meta del proceso judicial es averiguar la verdad, y esta se puede lograr porque tenemos inclusive mejores elementos facilidades para lograrlo que las ciencias empíricas”. Esta afirmación la basa en la concepción de que en el proceso judicial, se trata fundamentalmente de manejar acciones y comportamientos humanos, y por ello se puede utilizar como material de la

reconstrucción del hecho, prueba indiciaria, y por sobre todo las reglas de la experiencia que no pueden utilizar normalmente las ciencias empíricas. Si bien, por ejemplo, no podemos “esculcar” directamente el hecho psíquico, sí lo podemos hacer a través de ciertas objetividades (los indicios). El método de la prueba en el proceso judicial, no es inferior al de las ciencias empíricas, sino simplemente adecuado a sus necesidades.

Para ése autor, es “el objeto y tema de prueba lo que nos indica lo que se debe investigar y ello no significa existir una especie de verdad distinta a la material y mucho menos relativizarla”. La verdad que necesita el proceso, para que se pueda dictar una sentencia ajustada a derecho, no procede del mayor número de pruebas, ni de escudriñar todos los hechos. Sólo se requieren los hechos que sean objeto y tema de prueba; delimitación normal en todo tipo de investigación; pudiéndose con método conseguir la verdad y sobre ella construir la sentencia; existiendo controles para determinar cuándo ha existido omisión probatoria.

Para la segunda posición encontramos a De Santo (2.005, 61-62), para quien el proceso civil no persigue la averiguación de *la verdad*; y cita lo señalado en este sentido por Eisner, “pretender alcanzar la verdad a través del proceso judicial y del proceso humano es una utopía, Ni siquiera las verdades científicas, a las que se llega con medios mucho más amplios y libre que la reglamentación procesal, son verdades eternas porque las nuevas verdades de la ciencia cada día son otras y voltean las verdades anteriores”

Concluye Eisner remarcando que “nuestra rebelde exigencia de que en el juicio se llegue a la verdad termina por desmoronarse ante la realidad práctica de la vida en sociedad que exige soluciones; soluciones que da la

jurisdicción tratando de llegar a la verificación de los hechos, mejor aún, a la *verificación de las afirmaciones de las partes respecto de los hechos*, del modo en que a organización judicial lo permite y las fuerzas del hombre alcancen a lograrlo, poniendo un límite a esa investigación”

De la posición doctrinaria del destacado autor, De Santo deduce que: “debe destacarse, por lo tanto, como *finalidad de la actividad probatoria*, la obtención de la denominada verdad real o material, aunque, demás está decirlo, sea éste el objetivo ideal a alcanzar en todo proceso”

Para el maestro Devis (1993, 250-251), “la verdad es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo”; prosigue el autor expresando: “Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella. Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncia sentencia, aquélla ha cumplido su función” Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error. La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad”.

3.3.1. La solución del conflicto

En este punto, tomaremos en cuenta las afirmaciones que hace el jurista patrio Ortiz (2001, 106-107) en cuanto a que la relación entre jurisdicción, proceso y acción contiene una dificultad implícita, a saber: “Lo cierto es que la iniciativa de los particulares en acudir ante los órganos jurisdiccionales se

denomina *acción*, concebida como “posibilidad jurídico constitucional”, mientras que la jurisdicción se resume en un servicio público que presta el Estado para la solución de las peticiones que, ante sus órganos, realicen los justiciables. La combinación o conjunción de la “acción” con la “jurisdicción” es precisamente el “proceso” el cual se concibe como un instrumento de realización de pretensiones, tal como lo sostiene el ilustre profesor de la Universidad de Madrid, Don JAIME GUASP, y ello evidentemente, como una manera de *realizar la justicia en cada caso concreto*, es decir, el campo de la “satisfacción jurídica”.

Al citar la declaración contenida en el artículo 257 del Texto Fundamental, el cual establece: “El proceso constituye el instrumento fundamental para la realización de la justicia”, considera que esto realza el carácter “instrumental” del proceso, es decir, no es un fin sino un medio de realización de peticiones o pretensiones.

Retomando la idea de la finalidad del proceso como la búsqueda de la verdad, Parra (2.008, 163), considera que: “Existe una tendencia, sobre todo en el proceso civil, a alinearlos como una más de las especies de solución de conflictos, como resultado de la ‘contaminación’ sociológica y, con base a ello se afirma: “... si la finalidad primaria es la solución del conflicto entre las partes, no es indispensable ‘la verdad del hecho’, pues dentro de este enclave es más importante que *la disputa se resuelva, a que se resuelva correctamente*, aspecto este último que así se ubica en el plano secundario”. Continúa expresando el jurista que, “Inclusive, se llega a decir que muchas veces no es aconsejable averiguar la verdad, ni hacerle a la parte, que la tiene, inventario riguroso de ella; porque ello entorpecería la solución del conflicto. La verdad es inconveniente para terminar el asunto”.

3.3.2. La verdad material

Taruffo (2005, 21-38), aborda el tema de la prueba y verdad en el proceso civil, en su primer capítulo, u expresa: “Una vez se va más allá de la mera exégesis de las normas que regulan las pruebas, el problema que inevitablemente se presenta es el de verdad la determinación de los hechos en el ámbito del proceso. Es habitual pensar que las pruebas sirven para establecer si los hechos relevantes para la decisión se han producido realmente y, en su caso, cuales de ellos sirven para fundar y controlar la verdad de las afirmaciones que tienen esos hechos por objeto”.

Considera que hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y genera complicaciones e incertidumbres para la definición del papel de la prueba en el proceso.

Las primeras razones se refieren a la relación entre la idea de una verdad “judicial” o “procesal” especial y la idea o las ideas que se tienen de la verdad fuera del proceso; en esencia, 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 aquélla es particular o especial.

Los juristas, distinguen; 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 verdad “relativa”, que es típica del proceso, y una verdad “absoluta”, que existiría en algún lugar fuera del proceso.

La distinción entre verdad formal y verdad material, se hace inaceptable para la doctrina; 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. Cuando se elimina o supera esta distinción y, precisamente, se piensa que de alguna forma y en alguna medida el proceso y las pruebas tienen que ver con la denominada verdad material, se presenta el problema de determinar qué es esa verdad; remitiéndose inevitablemente a la dimensión extraprocesal y extrajurídica del problema de la verdad.

La expresión “verdad material” y las otras expresiones sinónimas, resultan etiquetas sin significado si no se vinculan al problema general de la verdad.

Como segundo tipo de razones se refiere Taruffo, al lugar que se atribuye a la verdad de los hechos en la teoría del proceso; y consiste en afirmar que el proceso no tiene nada que ver con la búsqueda y la determinación de la verdad de los hechos. Esta afirmación es típica de las teorías que sostienen 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 y al proceso civil en particular.

Taruffo, erige la tesis de la negación de la verdad en el proceso civil fundamentándose en la imposibilidad teórica, imposibilidad ideológica, imposibilidad práctica y la irrelevancia de la verdad en el proceso.

Esta tesis se contrapone a la concepción de que en el proceso es posible alcanzar la verdad y que el mismo es un instrumento para la solución de conflictos en concordancia con la justicia, la alteridad, la paz, la seguridad jurídica y la racionalidad humana.

En este orden de ideas se puede citar al jurista patrio Rivera (2008, 96-97), quien afirma que una cosa es la composición de intereses y otra la justicia y la verdad, y que por otra parte, si bien existen limitaciones legales-procesales en el uso de los medios probatorios, no es menos cierto que existen mecanismos para que el juez aplique sus facultades probatorias y que en su apreciación aplique razonada y racionalmente la sana crítica; sin reservarse en expresar que en el proceso debe investigarse y descubrirse la verdad, dotando al juez de facultades probatorias, por supuesto, resguardando las garantías y derechos constitucionales del debido proceso, del derecho a la defensa, del derecho a la prueba.

De la anterior consideración, el autor aprecia que el fin de la prueba judicial será encontrar la verdad o la certeza de las alegaciones, a cuyo efecto el objeto de la prueba reposa en ella (afirmaciones o negaciones) y, aún así será posible constatar que las mismas afirmaciones encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el puro hecho. Todo juicio de hecho debe ser verificado, en el proceso necesariamente estos son hechos jurídicamente calificados.

La verdad de las afirmaciones reside en la necesaria correspondencia entre ellas y su objeto, esto es, los hechos; por lo que se tomaría como verdad el establecimiento de la correspondencia entre las afirmaciones y la realidad.

Concluye el citado autor, apoyando la idea de que la verdad es un fin que debe practicarse no sólo de la prueba sino del proceso en general. Se trata de una verdad que se da en un proceso concreto, el cual se rige por un conjunto de reglas jurídicas, pero que además es relativa, en dos sentidos: en cuanto a que es una verdad obtenida en una relación dialéctica de partes y porque no puede establecerse sino por medio de métodos aproximativos. Obviamente hay límites, pero en fin ellos no evitan el conocimiento de la verdad sino que representan el marco en el que una verdad puede y debe ser obtenida.

3.3.2.1. Reglas procesales

Rivera (2008, 184-186), hace referencia a que en la Edad Media, apareció en el seno del orden público como forma de investigación la indagación con reglas, para saber quien hizo tal cosa, en qué condiciones y en qué tiempo. Desde ese momento, se fueron configurando reglas precisas

de investigación que se utilizaron desde la reflexión filosófica y práctica científica hasta los procesos judiciales.

De acuerdo al poder dominante se van fijando las reglas de indagación en el control social, por ello, en el ámbito jurídico se instituyen una serie de reglas procesales que circunscriben a través de las pruebas la posibilidad de determinar la verdad de lo ocurrido. En este sentido es posible afirmar, que la prueba debe ser pensada como el medio a través del cual el derecho pretende establecer la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial.

A pesar de que en nuestros sistemas se consagra la libertad de medios probatorios, se preservan valores y principios que en caso de conflicto deben ponderarse, por lo que no se consagra esa libertad de manera absoluta. Así, entre otros, frente a la libertad probatoria predomina la regla de exclusión de la prueba ilícita, o la regla que prohíbe al juez hacer uso de su conocimiento privado del hecho, y por encima de la problemática de la racionalidad de los hechos, pueden existir normas que tratan de privilegiar otros valores, como es la seguridad del Estado.

A los principios que gobiernan el proceso está sometido el procedimiento probatorio, por ser la columna vertebral del mismo. El principio del debido proceso establecido en la Constitución y todos los derechos que él involucra se reflejan en la organización del procedimiento de pruebas regulados legalmente en el sistema probatorio. Esta regulación implica un orden en cuanto al tiempo, lugar y modo de la aportación y producción de las pruebas. Para mantener el equilibrio procesal entre las partes y satisfacer las exigencias constitucionales del proceso justo, tutela efectiva, simplificación y uniformidad, las normas procesales estipulan los lapsos y requisitos para la

validez de los actos, en aras de la garantía para las partes de la transparencia judicial.

Se considera una condición del debido proceso que haya una regulación del sistema probatorio, en cuanto a tiempo, lugar y modo, esto es: la forma que debe revestir la prueba que se aporte o produzca, en el cual deben estar involucrados los principios que gobiernan a la prueba como el de promoción, admisión, práctica, contradicción, publicidad, lealtad, y valoración de las pruebas; lo relativo a la competencia y los requisitos para su tramitación; finalmente, lo que comprende los lapsos para la incorporación al proceso.

Las reglas procesales sobre la prueba se pueden agrupar en: a) reglas que se refieren a los medios probatorios (cuáles son admisibles, cuáles no, los específicos para un procedimiento determinado, formación, la forma del aporte y su práctica ene. proceso, reglas particulares de cada medio, etc.), b) reglas que manejan la actividad probatoria (inicio y final, formas de realización, la iniciativa, la carga, etc.), y c) reglas que se refieren al resultado probatorio, concretamente a su valoración.

Finalmente el autor, comprende que la libertad para indagar la verdad no está sometida a límites jurídicos. Las reglas lo que constituyen es el marco que prescribe en qué campo se debe mover la actividad probatoria.

3.3.2.2. Las afirmaciones de las partes

Ya en el punto 3.1. del presente trabajo referido al principio dispositivo, se hizo referencia como una de las bases en las cuales se estructura el principio dispositivo el N° 2. en cuanto a que el tema de decidir

es establecido por las partes, por lo que ellas tienen una carga de alegación o afirmación.

Según Montero (2005, 72), el principio de aportación de parte que informa al proceso civil determina que las partes son las únicas que pueden hacer afirmaciones de hechos, en el sentido de que las mismas tienen esta facultad de dirección material del proceso, pero el mismo principio también determina que sobre ellas recae la carga de la afirmación. Esto supone:

- 1) La prueba sólo puede recaer sobre los hechos afirmados por las partes, de modo que la necesidad de prueba sólo puede referirse a ellos; los hechos no afirmados son inexistentes para el juez (aunque veremos más adelante que hay doctrina que permite su aportación oficiosa) y, por lo tanto, no pueden estar necesitados de prueba. Es el demandante el que afirma los hechos que cree oportuno llevar ante un tribunal civil y es el demandado quien hace lo propio, de lo que resulta que la prueba no puede atender a hechos que las partes han estimado conveniente no afirmar en el proceso, quedando excluida la posibilidad de que el juez o cualquier otra persona pueda aportar al proceso hechos distintos de los afirmados por las partes. (CPC .arts. 340 ord. 5 demanda y 361 contestación)
- 2) Aunque las partes son las que determinan los hechos que estiman conveniente afirmar, la prueba tiene que referirse, no a cualesquiera hechos, sino a aquellos que guardan relación con la tutela que cada una de ellas pretende obtener en el proceso, lo que es aplicable tanto al demandante como al demandado. (CPC. Art. 361)

- 3) La afirmación de hechos que esté necesitada de prueba, ha de haberse realizado en momento procesal oportuno, de modo que si se hace después el juzgador no puede tenerlas en cuenta; si la afirmación de hechos es inadmisibile, no cabe hablar de necesidad de prueba con referencia a ella. La determinación de si un hecho ha sido afirmado por alguna de las partes en momento legal oportuno requeriría atender a las normas de preclusión de alegaciones, y prohibición de transformaciones que conduzcan a la parte contraria en situación de indefensión vulnerando el principio de igualdad procesal (CPC. Arts. 343 y 364).
- 4) La necesidad de prueba sólo puede referirse a los hechos que, después de afirmados por las partes, resulten controvertidos. Los hechos afirmados por las partes o afirmados por una y admitidos por la otra, quedan existentes para el juzgador, el cual no podrá desconocerlos en la sentencia.

3.3.2.3. Los hechos

En este punto es importante tener en cuenta los estudios que hace Taruffo (2005, 89) en cuanto al hecho, quien los inicia de la siguiente manera: la noción habitual de prueba se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para esclarecer la verdad de uno o más *hechos* relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de diversas maneras, pero lo común en el ámbito jurídico es que el hecho es el “objeto” de la prueba o su finalidad fundamental es lo que “es probado” en el proceso.

Esa idea sirva para delimitar el ámbito de lo que puede constituir objeto de actividad probatoria, ya que excluye, salvo pocas excepciones, que las

pruebas puedan versar sobre normas jurídicas, dado que aquéllas tienen como objeto y finalidad a los hechos. La prueba también sirve para establecer los límites de los conocimientos “propios” que el juez puede introducir en el proceso y utilizar a los efectos de la decisión, mientras que el principio *iura novit curia* afecta únicamente a la identificación de la norma aplicable para la decisión.

En el proceso se demuestran hechos, no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos; en otras palabras, no se pretende determinar el hecho en sí mismo, sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto; por lo que se deduce que no se puede hablar del “hecho” separándolo completamente del “derecho” u olvidando sus implicaciones jurídicas; siendo necesario tener presente que en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica, pudiendo formularse que es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye “el hecho”

Esto no implica ni permite confusiones entre hecho y derecho, ni se hace necesario discutir en términos generales la distinción hecho/derecho, sino que hay que tomar en consideración las modalidades con las que el hecho, destinado a construir el objeto y la finalidad de la prueba, es identificado a través de las normas aplicables al caso específico. Se trata, de entender en qué consiste la denominada “calificación jurídica del hecho” y de qué forma condiciona la identificación del hecho del que es necesario determinar la verdad.

Del problema de la definición del “hecho”, resulta el problema de las modalidades con las que las normas jurídicas seleccionan y determinan los hechos idóneos para producir consecuencias jurídicas. Por otra parte, hay que comprender cómo puede ser identificado el “hecho” que se constituye el objeto de la prueba, en función del contexto que determina la descripción apropiada del hecho.

En el ámbito del proceso, el contexto en función del cual se determina cuál es la descripción apropiada del hecho, y, por tanto, cómo se define el objeto de la prueba, es el de la decisión.

Guerrero (2008, 61), cita a Rosenberg, quien considera que por hechos se entiende todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicable y forma la proposición del silogismo judicial; por lo cual se entiende por hechos: a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hecho o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sea o no producto del hombre, incluyendo los documentos; la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc.; e) los estados y hechos psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento tácito o la conformidad.

En el proceso, se prueban los hechos afirmados en la demanda o en la contestación de la misma.; esto es, los hechos controvertidos. No requiriendo de prueba entre otros, los hechos admitidos, los presumidos, prohibidos por la ley, los notorios.

La existencia de los hechos controvertidos emerge del principio de contradicción de la prueba o audiencia bilateral, a su vez se relaciona con los principios de unidad y la comunidad de la prueba. La parte a quien se opone la prueba tiene derecho a conocerla y criticarla o discutirla, así como a contrariarla con otra prueba.

Los hechos controvertidos son aquellos que han sido invocados por las partes y sobre los cuales no hay acuerdo entre las mismas. La importancia de estos hechos queda evidenciada bajo el tenor del Código de Procedimiento Civil, en donde en el primer artículo, que da inicio a la instrucción de la causa (artículo 388), se consagra lo siguiente: “al día siguiente del vencimiento del lapso del emplazamiento para la contestación, sin haberse logrado la conciliación ni el convenio del demandado, quedará el juicio abierto a las pruebas”. De este principio se deduce que las pruebas controvertidas son las que darán vida al lapso probatorio; no dando apertura al mismo cuando el demandado haya aceptado expresamente los hechos alegados por su contraparte, dentro de los límites establecidos en la ley. En atención a ello señala Couture que la determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos, es una función de depuración previa para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo.

Y tomando en cuenta que el principio dispositivo es el que rige el procedimiento civil, Guerrero, hace referencia a la afirmación de Rosenberg, en cuanto que en un procedimiento basado en la *máxima dispositiva* (el tribunal no deberá tomar en consideración los hechos no aducidos por las partes), las partes no sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión sino que también deben introducirlos en el proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos de este modo en fundamento de la sentencia. Y

siendo el objeto de la prueba para las partes las afirmaciones positivas o negativas que recaen sobre hechos.

3.4. Las facultades probatorias del Juez (el juez como Director del Proceso en la búsqueda de la verdad)

Nuestro procesalista patrio Rengel (2007, 294), refiere que el problema de los poderes del juez en el Proceso Civil, es uno de los más debatidos en la doctrina moderna y en las reformas procesales de nuestro tiempo; aspirando a perfilar la figura del juez en alguien que lleve a cabo en el proceso, el papel que la doctrina moderna asigna al Estado en el desarrollo de la función jurisdiccional, pero se desea, al mismo tiempo, que no resulten aniquiladas las garantías de libertad, de justicia y de igualdad que son patrimonio del hombre contemporáneo.

El punto álgido se presenta cuando se enfoca desde el punto de vista de la iniciativa probatoria que debe tener el juez en el proceso civil, porque en cuanto a su papel en la dirección del proceso, parece haber alcanzado ya una cierta coincidencia de pareceres en la doctrina.

En principio, el juez tiene el poder de *dirección y de gobierno del proceso*, desde que comienza hasta que termina, porque si bien la controversia atañe a relaciones de derecho privado, pudiendo las partes prescindir del proceso; pero al solicitar esta la intervención del juez, para llevar adelante un juicio, entra en juego el interés público en la justa y solícita aplicación de la ley al caso concreto.

La doctrina y la jurisprudencia venezolanas venían sosteniendo, el criterio más restringido y más rígido en cuanto al poder del juez en el proceso, y

generalmente sin hacer distinción entre las facultades del juez relativas al *contenido* de la causa y las que se refieren a la marcha o *dirección* del proceso, negaban al juez toda iniciativa oficiosa para asegurar la marcha del juicio hacia su fin, por considerar estos poderes inmersos en la máxima dispositiva (*Ne procedat iudex ex officio*).

Esta problemática que planteaban al intérprete y a la práctica de la justicia, las disposiciones mencionadas del viejo código, tenían su causa en la falta de ponderación adecuada de los intereses públicos y privados que se manifiestan en el proceso, y en la falta de una precisa delimitación de los límites dentro de los cuales se ponga de manifiesto el poder de disposición de las partes sobre la materia o el interés cuya tutela procuran en el proceso, y por otra parte, los límites en que debe situarse el interés público del Estado en la realización del orden jurídico y en la pronta y eficaz administración de justicia. Situación que ha sido superada con el Artículo 14 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

Además de las facultades que tiene el juez en el proceso, como es el de apreciación de los hechos y de las pruebas, otra de las facultades que se le otorga al juez en el proceso que pueden contribuir a la búsqueda de la verdad, y que son las que interesan en este punto; son las facultades probatorias, entre ellas, la facultad del juez *para mejor proveer*, que ha sido instituida con el único fin de que el magistrado pueda completar su ilustración y conocimiento de los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, que le permiten despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos de la causa, y no debe interpretarse como excluyente de la actividad de las partes o derogatoria del *principio dispositivo*, en cuanto a la aportación del material de conocimiento, pues son las partes, en principio, las interesadas y las gravadas con la carga

de las alegaciones y prueba de los hechos fundamentales de la demanda o de la excepción.

La facultad probatoria del juez en nuestro país, tiene su fundamento en los artículos 2 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que constituye como valor superior la justicia, y en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que le exige tener por norte de sus actos a la verdad, concretándose, entre otras, en la iniciativa otorgada en los artículos 401 y 514 del mismo código; en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, 163 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario; y en el artículo 474 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente.

3.4.1. Prohibición de utilizar el conocimiento privado de los hechos

Para iniciar este punto, nos parece oportuno iniciarlo ofreciendo la definición de conocimiento privado del juez dado por Parra, el jurista colombiano, quien considera que: “puede ser definido como aquel conocimiento de hechos que interesan al proceso, adquiridos por medios no reportados a éste y por tanto no controlados en él”. (2008, 74)

Ahora bien, en el proceso le está prohibido al juez utilizar su conocimiento privado; esta prohibición, radica primeramente en la imposibilidad psicológica de enjuiciar imparcialmente la propia testificación, en la incapacidad del hombre para salir de sí mismo, y aunque solo sea con objetividad aproximada, juzgar el valor o la carencia de valor de la propia percepción de la misma forma que el juez ha de valorar las declaraciones de los testigos teniendo en cuenta el hecho experimental de que al testificar se toma partido inconscientemente. Además, el dato empírico de la imperfección de la

percepción sensible humana, impide que el resultado de cualquier percepción individual sea digno de crédito ilimitado. Hay casos en que el objeto de la percepción es tan simple que el peligro de error es pequeño, pero precisamente en el caso de que fuera el propio juez quien hubiera de determinar los límites, residiría en él la decisión sobre su propio testimonio, que es justamente lo que debe evitarse; el juez tendría tendencia a considerar comprendido en el campo de los casos sencillos, todo aquel sobre el que estuviera firmemente convencido.(Schmidt, citado por Stein 1988, 3-4)

En este sentido, Bello (2007,126-128); hace referencia que la sentencia judicial, debe ser elaborada por el operador de justicia, partiendo de la cuestión de hecho que se debata y pruebe en el proceso, para así construirse la premisa menor del silogismo judicial, para en definitiva resolver la controversia conforme al efecto jurídico que señale la norma. Luego, el objeto o tema de la prueba judicial son los hechos, ya que el derecho es conocido por el juzgador *–iura novit curia–* pero estos hechos que se debaten o controvierten en el proceso, no pueden ser fijados por el juez o ser tenidos como ciertos partiendo del conocimiento privado o particular que tiene el juez, el cual pudo haberlo percibido fuera del proceso, ya que para el establecimiento de los hechos, la construcción de la premisa menor o de hecho, se hace impretermisible la existencia de pruebas que conduzcan al juzgador el convencimiento sobre las afirmaciones o negaciones que las partes han expresado como fundamento de su pretensión o excepción; y como consecuencia, el juez se encuentra impedido de aplicar su conocimiento privado o el conocimiento privado que de los hechos controvertidos tiene, para la solución del conflicto sometido a su jurisdicción, para resolver el problema planteado y para establecer los hechos concretos debatidos, ya que la decisión debe ser el producto del análisis de los hechos que han sido afirmados o negados por las partes y de las pruebas que se

aporten al proceso, tal como lo norma el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

La prohibición del juez de aplicar el conocimiento privado es un principio que está ligado íntimamente al principio de necesidad de la prueba que se trató en el **1.2.10**.

3.4.2. Límites y alcance de las facultades probatorias (hechos y medios)

Según Rivera (2007- 47-50), las facultades probatorias que se le otorgan al juez no significan que el juez tenga libertad probatoria, él se encuentra sometido a los supuestos establecidos en las normas que lo facultan y lo *limitan* a sólo ampliar el conocimiento o aclarar dudas sobre los *hechos* discutidos por las partes, así mismo le está prohibido intervenir en la actividad probatoria promoviendo y evacuando pruebas a su voluntad; desprendiéndose esta prohibición de los preceptuado en el artículo 15 de la ley civil adjetiva, donde se le impide permitirse extralimitaciones de ningún género.

En cuanto al *alcance* de las facultades o iniciativas probatorias, se trata de ver hasta donde puede llegar el juez; para ello, el legislador, faculta al juez mediante los autos para mejor proveer, -a fin que su decisión se acerque a la verdad y la justicia-, para realizar las actividades probatorias previstas en los ordinales 1º, 2º, 3º, y 4º del artículo 514 e igualmente consagradas en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 401 del C.P.C., variando sólo en la oportunidad procesal en que las pueda realizar; siendo estas las de: **1º. Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlo libremente**, sin juramento, sobre algún hecho que parezca dudoso u obscuro. **2º. Exigir la**

presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario. 3º. La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, parezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes. 4º. Que se practique inspección judicial en algún en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tenga relación el uno con el otro. 5º. Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

El tratadista Rengel (2007,T.I. 293), señala que, además de las facultades que tiene el juez en la materia probatoria *para mejor proveer*, existen en el proceso venezolano otros poderes concretos del juez que le permiten intervenir, bien sea en la iniciativa de la prueba, o bien en su ejecución: como deferir el juramento de oficio, al demandante en los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de hecho ilícito, culpa o dolo (Art. 428 C.P.C. Y 1.419, ord. 1 C.C.); modificar la fórmula del juramento cuando la parte a quien se refiere la objetare (Art. 421 C.P.C.); promover de oficio la prueba de experticia (Art. 521 C.P.C.), la de inspección judicial (Art. 472 C.P.C.), hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su propio juicio (Art. 487 C.P.C.), etc.

Las facultades probatorias, además de estar previstas en el C.P.C., también las encontramos en otras materias; en materia laboral, en razón de la tutela que se pretende con ella, se dan amplias facultades al juez, con base al artículo 71 de la LOPT; cuando el juez considere que los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar

convicción, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes; en materia agraria, en el artículo 182, le faculta acordar la prueba de experticia, por un único experto designado por él; y en el artículo 474 de la LOPNA, en la admisión y rechazo de preguntas y repreguntas, en el artículo 478 eiusdem, se faculta para ordenar la prueba ofrecida por las partes y no evacuada o cualquier otra que estime imprescindible para la decisión del caso y el esclarecimiento de los hechos y en el artículo 481 de la misma, se faculta para ordenar de oficio prueba para mejor proveer.

3.4.3. Garantías de las partes en la actividad probatoria del juez

Como ya se hizo referencia en el punto anterior, las facultades probatorias otorgadas al juez no significan que este tenga libertad probatoria, además de tener sus limitaciones, éste tiene que conservar para las partes, en el ejercicio de su actividad probatoria, los principios de imparcialidad, objetividad; de los deberes de: concesión del contradictorio en todo su alcance, permitir el control de la prueba, permitir la impugnación, e incluso en algunos casos abrir la incidencia para que las partes desplieguen su derecho a la defensa.

CAPÍTULO IV

EL HECHO NOTORIO

4.1. Cuestiones preliminares

No obstante, que desde el antiguo derecho romano se conoce el principio que exime de prueba al hecho notorio y que ha sido aceptado como regla general por la doctrina y consagrado en el derecho canónico, se trata de una cuestión discutida y sobre la cual se mantienen en la actualidad puntos de vista diferentes entre los autores modernos.

En el derecho romano (*Institutas, Testibus*, capítulo 3º) se consagró expresamente tal principio en relación con la prueba testimonial: *si factus est notorium, non eget testium depositiuiibus declarari*. Y se le reconocía un alcance general y no limitado a la prueba de testigos, como se infiere de la máxima *notoria non egent probatione*.

El derecho canónico lo consagra en los cánones 1747 y 2197, ordinal 2º y 3º. El derecho común lo recogió y fue aceptado generalmente durante la vigencia del sistema legal de pruebas que se originó con el proceso inquisitorio penal y se aplicó al proceso civil, en forma definitiva, a partir del siglo XVI, y parcialmente desde mucho antes; al decaer el sistema de la tarifa legal, primero en el proceso penal, a partir de la revolución francesa, y mucho más tarde en el civil, donde todavía se conserva en varios países, se le dio cabida una vez como norma legal (como en las legislaciones alemana y austriaca de 1895 y 1898, lo mismo que en los códigos actuales de estos países y de Italia), y otras por la vía de doctrina y jurisprudencia. (Devis 1993, 214)

4.2. Definición del hecho notorio

Eisner (1992, 58), considera que el concepto de hecho notorio es muy elástico, el cual ha dado lugar a graves debates en la doctrina y hasta se teme que pueda en algunos casos conducir a consecuencias injustas porque el juez tome como hechos notorios algunos muy particulares que lleguen a su conocimiento por una vía que no es la causa judicial sometida al contralor objetivo de las partes o de terceros.

Este maestro define el hecho notorio como “aquel que se conoce como cierto pacíficamente, en un medio determinado, en un ambiente determinado, en un grado de cultura determinada”. Lo que es notorio para un campesino respecto de las cualidades de una semilla o de artículos de labranza, no es notorio para un hombre de ciudad; lo que es notorio para un deportista en materia de acontecimientos internacionales, en justas deportivas, no es notorio para un intelectual que sólo conoce las últimas ediciones de las obras científicas. Pero la notoriedad está dada, más bien, no tanto por el conocimiento real que tenga el juez o las partes, de un hecho difundido, sino por la posibilidad de acudir a las fuentes que están al alcance de cualquiera y confirmar la certeza de un hecho.

Continúa afirmando el citado autor que, es notorio que la Revolución Francesa ocurrió en el año 1789; y yo no he estado, ni ustedes; y lo damos por cierto; y sobre esa base hacemos nuestros cálculos de la Edad Media, la Moderna, la Contemporánea, etc. Es decir, los hechos que la historia nos da como ciertos y que no han sido discutidos desde que se dieron como tales, se toman como hechos notorios.

Para Stein (1988, 172-173), con la limitación a los hechos notorio que sean conocidos de todos, hay que plantear ahora el problema de cuándo un hecho es notorio; y en su opinión, el problema solo puede resolverse si antes aclaramos cómo se convierte un hecho en notorio; expresando que “Para ello solo hay, en lo que a mí me alcanza, dos posibilidades: o la manera en que el hecho ha sucedido o el modo en que el hecho acaecido se ha divulgado.” En primer lugar, es completamente posible que un hecho sea percibido por muchos hombres mientras acontece. Cuando millares de personas ven la presentación de un famoso artista y sobre todo, cuando se percibe incontables veces por incontables sujetos, el estado de una cosa, como la situación de un puente o de una calle en la ciudad, la terminación de una construcción, la distancia entre dos localidades vecinas, etc., entonces tales hechos son notorios. Toda la masa del pueblo es testigo de su existencia. Pero con ello solo se ha agotado la parte más pequeña de los hechos notorios.

La gran mayoría de ellos está configurada de tal forma que primero son percibidos por muy pocos y luego se convierten en notorios por su divulgación. ¿Cuántas personas pueden testificar por propia experiencia que un monarca ha nacido un día determinado? ¿Y dónde se podría encontrar hoy un testigo de los hechos notorios del siglo pasado? Así, pues, es la transmisión la que engendra en estos casos la notoriedad, y nosotros obtenemos de tres fuentes nuestro conocimiento de tales acontecimientos. En primer lugar está la publicación oficial, como son las gacetas oficiales, la segunda fuente es la ciencia histórica en su sentido más amplio, incluyendo la literatura, y la geografía y la etnología, en la medida en que estas ciencias son conocimiento de hechos, pero ciertamente, solo pocos hechos notorios “pertenecen a la historia”. La mayoría está situada en el nivel inferior de lo

cotidiano. Y en algunos casos conocemos hechos mediante la conversación privada, pero generalmente por los periódicos.

Por otra parte, Rosenberg (citado por Bello 2007, T.I, 105), considera que los hechos notorios son aquellos hechos conocidos en un círculo mayor o menor por una multitud discrecionalmente grande o que fueron susceptibles en las mismas condiciones, en tanto que también las conozca en Tribunal.

Goldschmidt (citado por Devis, 1993, 223), acepta que para la notoriedad basta que el hecho sea conocido por un círculo local limitado de personas o por una clase determinada de población, pero no por sólo un grupo profesional.

Carnelutti, (1944, 92) define a los hechos notorios como los hechos relativos a los intereses generales, o sea aquellos que todo hombre de mediana cultura tiene, no tanto la posibilidad, como el estímulo de conocer.

Calamandrei, (1945, 206), nos ofrece la siguiente definición: “Se consideran notorios aquellos hechos el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión”.

Guasp. (citado por Devis, 1993, 226), considera como hechos notorias las “verdades científicas, históricas, generalmente conocidas, así como los llamados hechos evidentes o axiomáticos”; observa que la notoriedad “estriba sólo en el grado especial y más intenso del conocimiento que provoca en el que está destinado a recibirlo”, por pertenecer a la cultura o experiencia común de los hombres y concluye diciendo que hechos notorios

son “los que disfrutan de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla”.

4.3. Elementos del hecho notorio

De las diferentes definiciones que han dado los diversos autores y de lo que se entiende por hecho notorio, se pueden extraer los elementos que lo caracterizan como son: la variabilidad, generalización certeza, objetividad e irretroactividad.

4.3.1. Variabilidad

Si bien los hechos notorios pueden provenir de diversos sucesos como pueden ser históricos, políticos, científicos, geográficos, religiosos, educativos; estos se mantienen en el tiempo pero pueden sufrir variedad.

Para Lent, (citado por Devis, 1993, T.I, 223), la notoriedad varía según el lugar y el tiempo, pues lo públicamente conocido en una ciudad puede ser desconocido en otra, y lo que fue notorio en una época puede no serlo en otra.

Florian, (citado por Devis, 1993, T.I, 224), opina que la notoriedad es circunstancia relativa, mudable en el espacio y contingente en el tiempo, que varía según las diversas categorías sociales y “por ello, para que el hecho sea notorio no se requiere que resulte conocido por todos”.

Devis (1993, T.I, 228) en este sentido, observa que entre los diversos autores existen dos tesis: 1) la de quienes exigen que el hecho sea de carácter permanente, como las verdades geográficas y algunas científicas (la

importancia de una ciudad o la altura de una montaña); y 2) la de quienes rechazan expresa o tácitamente esta distinción y aceptan la notoriedad tanto para los hechos permanentes como los ocasionales o transitorios (las verdades históricas, por ejemplo); esta tesis la sostiene la mayoría de los autores.

4.3.2. Generalización

Aún cuando se trate de un hecho único, una de las características y quizás la más reconocida por los autores, es que el hecho sea conocido por la generalidad de las personas, para que sea considerado notorio.

Calamandrei (1945, 205), resalta como uno de los caracteres para determinar la notoriedad, no en la multitud de los que conocen el hecho, sino el carácter de pacífica y desinteresada certeza que este conocimiento tiene ya dentro del círculo social del que es patrimonio común.

Stein (188, 177), acepta que existe la notoriedad fuera del proceso cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o son divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse convencido de ellos. Este conocimiento generalizado como propiedad de un hecho es lo único que lingüísticamente manifiesta la expresión notorio; notorio quiere decir, pues, lo públicamente conocido.

Entre los demás autores que se refieren en sus conceptos a que el hecho notorio debe ser de conocimiento general, en el sentido de que pueda ser captado por la gente, se encuentran Rocco, Lessona, Guasp, y Alsina.

Otro aspecto de la generalización, es que a partir de un hecho notorio, se puedan sacar experiencias que se puedan aplicar en la aparición de otro hecho notorio de similar naturaleza, como sería por ejemplo la vaguada ocurrida en Vargas en 1999; las experiencias obtenidas, en cuanto salvamento de personas, limpieza y reconstrucción, pueden ser aplicadas para otras vaguadas o inundaciones.

4.3.3. Certeza

No deben existir dudas acerca de la existencia de un hecho notorio, de existir duda, se deberá proceder a corroborarlo mediante la prueba pertinente, quedando a un lado los mitos y las creencias populares.

En este punto citamos a Palacio (citado por De Santo, 2005, 115), quien expresa: “existen ciertos hechos que, por razones estructurales, contienen en sí mismo una prueba preconstituida con relación al proceso y son, en consecuencia, susceptibles de deparar un grado de *certeza* equivalente e inclusive más intenso que el que puede extraerse de las pruebas comunes. Se trata de los denominados hechos notorios, a los cuales, por la razón expuesta, se excluye de la actividad probatoria (*notoria non egent probatione*)”

Por otra parte, Strik (citado por Lessona y este citado por Devis 1993, T.I. 215) para quien sólo cuando el hecho que se alega ser notorio resulta “cierto e indubitado” no necesita prueba, pero “porque es cierto, no porque es notorio” ; en cambio, si el adversario lo pone en duda o lo niega, debe suministrarse su prueba, a menos que sus negaciones sean “absolutamente frívolas y contrarias al sentido común y al común saber lo todos”, mas sólo porque “es inútil negar lo que les ya cierto: aquello de lo cual ninguno duda”

De la misma opinión es Caravantes, (citado por De La Plaza, quien es citado por Devis, 1993, T:I, 218); quien sostiene que “cuando los hechos sean de tal manera patentes, que no dejan lugar a dudas, no es necesaria la prueba judicial, por falta de objeto sobre el que pueda recaer, al paso que, cuando sean dudosos o se contradigan, dicha prueba será necesaria.

4.3.4. Objetividad

Que se pueda verificar, medir, cuantificar mediante adecuados instrumentos de medición y comprobación mediante métodos científicos; así mismo debe tener indicadores comprobables o verificables en la realidad.

Dada la gran variedad de hechos notorios, cada uno en particular debe tener unos instrumentos y métodos para verificar su existencia en el plano de la realidad, bien sea de hechos ocurridos en el pasado o de hechos que se produzcan durante el proceso.

4.3.5. Irretroactividad

Los hechos notorios parten o nacen en un momento determinado, y no van hacia atrás; es decir, no se puede plantear un hecho notorio ocurrido en fecha o épocas previas a su existencia.

4.4. Distinción con otras figuras

4.4.1. Conocimiento privado del juez

En este punto, es imprescindible evitar confundir el conocimiento persona o la ciencia personal del juez, con la notoriedad general o judicial

(las que más adelante distinguiremos); aquél se refiere a los hechos de que el juez es testigo por haberlos conocido fuera del proceso, bien sea en su vida privada o en actividades judiciales, cuando no gocen de notoriedad general. Si el conocimiento del juez es compartido por la generalidad de las personas que forman el medio social donde ocurrió o donde ejerce aquél sus funciones, estaremos en presencia de un hecho notorio exento de prueba: en el caso contrario, ese hecho debe ser probado con los requisitos y medios ordinarios o especiales exigidos por la ley, sin que el juez pueda eximirlo de prueba en razón de conocerlo personalmente. Devis (1993, 234),

4.4.2. Máximas de experiencia

Mientras que la notoriedad es una razón para eximir de prueba a un hecho, la reglas de experiencia contribuyen a formar el criterio lógico del juzgador, para la apreciación de los hechos y las pruebas; aquélla recae sobre hechos concretos, y éstas se refieren a principios abstractos; el hecho notorio forma parte del fundamento de hecho de la demanda o la excepción, mientras que las máximas de experiencia sirven para verificarlo sin que pertenezcan al material probatorio, allegado al proceso; los hechos notorios son objeto de prueba judicial, aun cuando no necesiten prueba y por lo tanto estén fuera del *Thema probandum*; en cambio, las máximas de experiencia no son objeto de prueba judicial, puesto que son simples normas de criterio para el entendimiento de los hechos, que el juez aplica de acuerdo con su conocimiento privado; el hecho notorio está sujeto a contradicción procesal, y las reglas de experiencia no, por ser verdades generales obvias. (Devis, 1993, T.I, 233)

4.4.3. Fama o rumor público

La fama pública es una opinión generalizada en cierto medio social y, por lo tanto, es un hecho social que no sólo puede ser objeto de prueba, sino que debe probarse cuando de ella se deduzca alguna consecuencia jurídica, como la personalidad de un sindicato o la publicidad de una relaciones de pareja, en ningún caso es razón para que eximir la prueba, sino, por el contrario, es una cualidad o defecto generalmente asignado a personas o cosas, que debe ser probado y que puede ser incierto, como la honradez, o el haber incurrido en el ilícito de malversación de fondos de una entidad pública.

A diferencia de la notoriedad, la fama no se basa en el conocimiento cierto del hecho o la persona, sino en lo que suele decirse al respecto, sin que se verifique, y por ellos apenas puede servir de indicio del hecho sobre el cual recae, cuando no es el objeto mismo de la prueba.

El rumor público es un hecho social más vago que la fama, ésta se refiere a sucesos o actos que se afirma que han sucedido, mientras que el rumor tiene carácter de probabilidad, porque quienes lo esparcen no aseguran, sino que manifiestan que puede haber ocurrido o que parece que sea cierto. Jurídicamente el rumor no es admisible, ni puede eximir de prueba al hecho, ni sirve para orientar el criterio del juez en la apreciación de las pruebas, lejos de darle mayor verosimilitud al hecho, como ocurre con la fama cuando la ley exige su prueba, es sospechoso y debe ser descartado radicalmente por el juez. (Devis, 1993, T.I, 235-236)

4.4.4. Hecho cultural

Definido por Méndez,(1999, 412), como aquel que se encuentra representado por los aspectos de la cultura, que se transmiten en forma inconsciente, vale decir, las creencias, mitos, leyendas, rituales, etc., siendo sus características fundamentales: 1) que forma parte de la cultura de la comunidad de la que emerge. 2) que su transmisión dentro del grupo humano se realiza en forma inconsciente.

Ejemplariza el hecho cultural con el hábito arraigado de la comunidad venezolana de tomar café en las mañanas; si se le pregunta a un venezolano común, a que se debe que tome café y no té, lo más probable, será que no pueda explicar las razones por las que prefiere una de las dos bebidas.

Expone el autor, como el hecho cultura puede fungir como argumento de prueba en el proceso, y basado en las reflexiones que hace el profesor Cabrera en la cátedra “Teoría General de la Prueba” que dicta en la especialización de Derecho Procesal que ofrece en la Universidad Central de Venezuela, se dispone a afirmar que el argumento de prueba *es la operación racional que realiza el juez a través de la cual genera conclusiones a partir del conocimiento de hechos no litigiosos, que le permiten entender situaciones controvertidas y reforzar su convicción con relación al resultado arrojado por el silogismo fáctico.*

Así mismo establece unas diferencias existentes con respecto al hecho notorio basado en las definiciones que de él hacen Alsina, Rosenberg, Devis Echandia y Calamandrei:

- 1) El hecho notorio necesariamente existe en el plano consciente del hombre, mientras que el hecho cultural existe en la esfera inconsciente. El primero es evidente, mientras que el segundo, por encontrarse en el plano inconsciente, no es de fácil percepción; en consecuencia, no es fácil de evidenciar.
- 2) El hecho notorio está exento de prueba dentro del proceso, mientras que el hecho cultural no lo está. El hecho notorio por constituir un acontecimiento que ha sido conocido por un amplio círculo de la comunidad, se exime de prueba, en virtud de los principios de economía y celeridad procesal. Mientras que el hecho cultural por ubicarse en la esfera inconsciente del colectivo, no es conscientemente reconocido por un amplio número de personas, de allí que sea necesario incorporarlo al proceso mediante algún medio de prueba.
- 3) El hecho cultural es necesariamente producto de la acción del hombre, mientras que el hecho notorio puede ser independiente de ésta.
- 4) El hecho notorio es una hipótesis de exención de prueba, mientras que el hecho cultural constituye un argumento de prueba. En efecto, el conocimiento del hecho cultural potencia las máximas de experiencia o reglas de lógica, que le permiten al juez formarse un juicio acerca de la verosimilitud de determinados hechos alegados en el proceso.

4.5. Clasificación o tipos

4.5.1. En razón del objeto

Existen diversas clasificaciones en razón del objeto, entre ellas el hecho notorio natural, hecho notorio social, hecho notorio físico, hecho notorio histórico, pero a fines del presente trabajo haremos referencia al

hecho notorio general, el judicial y el comunicacional por ser estos los que han sido objeto de mayor estudio por los diferentes autores

4.5.1.1. Hecho notorio general

Stein (1988, 167-181), inicia su capítulo los hechos notorios en su texto El Conocimiento Privado del Juez, con la expresión: “La notoriedad (*Notorietät*), que en buen alemán podemos llamar conocimiento General (*offenkundigkeit*), no es un concepto jurídico específico. Si es necesario, se puede aceptar la formula de que existe notoriedad fuera del proceso cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o son divulgados sin refutación por una generalidad tal, que un hombre razonable y con una experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso con base en la práctica de la prueba.

Continúa indicando el connotado autor que este conocimiento generalizado (*allgemeinbekanntheit*) como propiedad de un hecho es lo único que lingüísticamente manifiesta la expresión notorio (*offenkundig*) El conocimiento no está aquí articulado internamente de modo distinto al conocimiento individual del testigo, sino solo en relación con el número de cognoscentes: es patrimonio común de amplios círculos o por lo menos de uno tal que abarca “a un *quién* indeterminado y un *cuántos indeterminado*”.

Notorio quiere decir, pues, lo públicamente conocido (*Offenkundig heiss also offentlich-kundig*) y llama notorios en general (*allgemeinkundige*) a los hechos, que no solo son notorios para el tribunal sino también fuera de él, en oposición a los judicialmente notorios o del conocimiento judicial; fórmula que proporciona el argumento en virtud del cual el hecho notorio en general se tratará de modo diferente al no notorio, y por qué en este caso el juez puede

aplicar en el proceso su saber, lo que le está prohibido respecto de otros hechos. El particular que ha percibido el hecho o que lo conoce a consecuencia de su divulgación generalizada, se convierte en persona fungible: la posibilidad de defectos en la percepción se equilibra por la masa de los perceptores y la difusión general que normalmente hace imposible recordar de quién hemos oído o dónde hemos leído el hecho, convierte en irrelevante la fuente de información, en contraste con los hechos no conocidos generalmente.

4.5.1.2. Hecho notorio judicial

Esta noción como lo expresa Devis (1993, 231), tuvo su origen en el derecho común alemán, Se trata de los hechos conocidos por el juez o tribunal como institución, en razón de su actividad oficial o de procesos anteriores de cualquier naturaleza, como explica Rosenberg, o en virtud de sus mismas funciones, como dicen Kisch y Lent. La ordenanza procesal alemana habla en este sentido de hechos evidentes y los exime de prueba al igual que los que gozan de notoriedad general.

La doctrina, salvo en el derecho alemán, donde existe norma legal que lo permite, la noción de notoriedad judicial ha sido rechazada por la gran mayoría de los autores y excluida de las legislaciones.

En nuestro país, tal como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 150 de fecha 24-03-2000 (Caso *José Gustavo Di Mase*) y reiterado en sentencias de fechas 28-07-2000 (Caso *Luis Alberto Baca*) y 10-08-2001 (Caso *Josef Retik*); los hechos notorios judiciales no son objeto de prueba y considera que;

“la notoriedad judicial consiste en aquellos hechos conocidos por el juez en ejercicio de sus funciones, hechos que no pertenecen a su saber privado, ya que él no los adquiere como particular, sino como juez dentro de la esfera de sus funciones. Es por ello que, los jueces normalmente hacen citas de la doctrina contenida en la jurisprudencia, sin necesidad de traer a los autos copias (aún simples) de las sentencias, bastando para ello citar sus datos. Suele decirse como esos aportes jurisprudenciales no responden a cuestiones fácticas, ellos no forman parte del mundo de la prueba, lo que es cierto, y por lo tanto, no se hace necesario consignar en el mundo del expediente, copia del fallo invocado...”

4.5.1.3. Hecho notorio comunicacional

El florecimiento de los medios masivos impresos de información como o son periódicos, revistas o audiovisuales, han traído como resultado el surgimiento de un hecho notorio denominado hecho publicitado o comunicacional, del cual no se puede afirmar su certeza, pero que adquiere difusión pública de manera uniforme por los medios de comunicación social. Este hecho categorizado entre los hechos notorios por formar parte de la cultura de un grupo social en un momento concreto después del cual pierde transcendencia, quedando constancia de él en bibliotecas, hemerotecas o instituciones similares, pero que para la fecha de determinado fallo, formaba parte del conocimiento de la mayoría del conglomerado social o podía accederse al mismo.

Según relata Bello (2007, 108), los hechos comunicacionales forman parte del hecho notorio, y son tratados por primera vez en el año de 1940, donde Kisch los concibió, como hechos conocidos por todo el mundo , o por todo el mundo, o por un gran círculo de personas, con seguridad, por ser generalmente perceptibles, históricos, o por ser difundidos por medios

suficientemente acreditados, como la noticia de sucesos diarios, dadas al mismo tiempo por los periódicos.

Continúa el citado autor, señalando a Stein, citado por Florian, quien indicó que las fuentes de la notoriedad podían ser la percepción directa sensible de la multitud y la difusión por notorias oficiales, históricas o periodísticas.

En nuestro país, comienza a tomar auge el hecho comunicacional, notorio publicacional o publicitario, como consecuencia de la decisión dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde se habla del mismo como una subespecie del hecho notorio tradicional, del cual proviene del conocimiento que tiene la comunidad de determinados hechos, por la difusión que se le ha hecho por los medios de comunicación escrita, radial o visual, es decir, por radio, prensa o televisión, y que se fundamenta en los artículos 2, 26 y 257 Constitucionales, para desarrollar un proceso justo, idóneo y sin formalismos inútiles.

4.5.2. En razón del espacio

4.5.2.1. General

En este punto acudimos a la acepción para referirnos a hechos notorios que son reconocidos en el espacio geográfico a nivel internacional, nacional, regional o local y de estos últimos trataremos en siguiente punto.

4.5.2.2. Local

Hay acuerdo en la doctrina que acepta que la notoriedad pueda ser local o estar limitada al medio social donde ha tenido ocurrencia el hecho o del cual forman parte las personas que litigan, según el caso, siempre que el juez la conozca o adquiera su conocimiento en el momento de decidir. Y no hace falta que el hecho notorio sea conocido y reconocido por todo el mundo y ni siquiera por todas las personas que viven en el medio social donde ocurre o donde se presenta el litigio, sino por muchas de ellas, y cuando se requieren ciertos conocimientos que no todos poseen, basta que en el círculo cultural a que corresponde resulte evidente su existencia y divulgación. Exigir que todos conozcan el hecho para que exista notoriedad es contrario a la realidad social y cultural, y conduce a hacer inoperante esta noción. Por otra parte, no puede desconocerse que las verdades históricas, geográficas, científicas, pertenecen a una esfera de cultura por lo menos mediana, que está por encima de la mayoría del pueblo, ignorante o de educación elemental, y que inclusive muchas de ellas corresponden a una rama especial de conocimientos menos generalizada, sin que por ello dejen de ser suficientemente conocidas. Lo importante es que el juez conozca o pueda conocer esa *general* o especial divulgación de la certeza del hecho, bien sea por su conocimiento personal, por investigaciones propias o por la prueba aducida por las partes (testimonial o pericial, la última cuando requiera conocimientos especializados). (Devis, 1.993, T.I. 229)

4.5.3. En razón del tiempo

En razón del tiempo en que han ocurrido los hechos, podemos pensar en hechos supuestamente ocurridos en épocas remotas como el diluvio

universal, en hechos pasados, contemporáneos o actuales, pero para este punto tomamos en cuenta los hechos permanentes y ocasionales.

4.5.3.1. Permanente

La tesis de quienes exigen que el hecho sea de carácter permanente, como las verdades geográficas y algunas científicas, como la importancia de una ciudad o la altura de una montaña, los océanos y mares, topografía de una región, bien porque sea plana o montañosa, ciudades importantes de un país; es defendida por Della Rocca, Reiffenstuel y Rocha. (Devis, 1993, T.I, 228)

4.5.3.2. Ocasional

A diferencia de los autores que aceptan la tesis del hecho notorio permanente en razón del tiempo; la gran mayoría de ellos aceptan la notoriedad tanto para los hechos permanente como para los ocasionales o transitorios como serían las verdades históricas, como las guerras, revoluciones, terremotos, la clase de gobierno de un país en una época determinadas y las personas que ocuparon el cargo de reyes, o presidentes, etc. (Devis, 1993, T.I, 228)

4.6. Tratamiento en la legislación venezolana.

Nuestra legislación patria, recoge la figura del hecho notorio, eximiéndolo de prueba, en el Código de Procedimiento Civil (CPC) y en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP).

4.6.1. Código de Procedimiento Civil

Artículo 506.- Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

Los hechos notorios no son objeto de prueba.

4.6.2. Código Orgánico Procesal Penal

Artículo 198.- Liberad de prueba. Salvo previsión expresa en contrario a la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley.

Omis:...

El tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio.

4.7. Tratamiento en el derecho comparado.

4.7.1. Código de Procedimiento Civil de Colombia

Art. 177. – Carga de la prueba. Incumbe a las parte probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

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

4.7.2. Código Procesal Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos. (México)

Artículo 388.- Valor probatorio de los *hechos notorios* no necesitan ser probados, y el juez puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes.

4.7.3. Código de Procedimiento Civil de Chile (Proyecto de Ley)

Art. 89 (92). Si se promueve un incidente, se concederán tres días para responder y vencido este plazo, haya o no contestado la parte contraria, resolverá el tribunal la cuestión, si, a su juicio, no hay necesidad de prueba. No obstante, el tribunal podrá resolver de plano aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundar en hechos que consten del proceso, o sean de *pública notoriedad*, lo que el tribunal consignará Ens. Resolución.

4.7.4. Código de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000 (España)

Artículo 281. Objeto y necesidad de la prueba.- 1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

Omis (..)

4. *No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.*

CAPÍTULO V

EL HECHO NOTORIO INCORPORADO DE OFICIO POR EL JUEZ AL PROCESO CIVIL

5.1. Consideraciones doctrinales

Para Calamandrei (citado por Guerrero 2008, 83-87), no existe, al lado de la máxima *iura novit curia*, que establece el deber del juez de conocer y aplicar de oficio las normas jurídicas, una máxima paralela *notoria novit curia*, que consagre el deber del juez de conocer de oficio los hechos notorios y de tenerlos en cuenta, aun sin que las partes los afirmen.

La *notoriedad* de un hecho depende de dos circunstancias esenciales: La primera, que sea un *hecho conocido* por la mayoría de los sujetos que integran una colectividad en un tiempo y de un lugar determinados; y la segunda circunstancia se refiere a que se trate de un hecho conocido por el juez que lo lleve a la causa. La inclusión de la dispensa del campo del objeto de la prueba a los hechos notorios, obedece al principio de celeridad y economía procesales, por lo que sería innecesaria la prueba de una afirmación que recaiga en un hecho que tanto para el juez, como para la mayoría de las personas de una determinada localidad, es evidente. Pero es importante observar que el *hecho notorio* debe necesariamente ser conocido por el Juez fuera del proceso, antes de sentenciar, pues mal puede decidir con base a un hecho desconocido por él.

La doctrina hace distinción entre el *hecho notorio judicial* y el *conocimiento privado del juez*. El hecho notorio judicial es aquel que se ha obtenido del propio procedimiento judicial, del que el juez obtiene

conocimiento con base a la realización y el quehacer diario de la causa (de lo alegado y probado en autos, artículo 12 CPC), o de procesos. Se trata – como explica Rosenberg- de hechos conocidos por el juez o tribunal como institución, en razón de su actividad oficial o de procesos anteriores de cualquier naturaleza. Situación diferente, cuando el juez conoce el hecho, o los hechos, fuera del proceso (en su actividad como juez o en su vida privada) ese hecho debe ser probado, pero ese conocimiento privado no es prueba, puesto que al juez no está permitido juzgar o valorar el hecho que él conoce, sino que ese hecho no notorio está sometido al régimen de prueba con fundamento en el derecho a la defensa y del principio del contradictorio.

Continúa el autor patrio, al citar a Stein, quien no concibe cómo puede existir en el juez dos conocimientos: Uno privado y otro oficial, pues, como afirma, contradice la experiencia y el buen juicio pensar que en el intelecto del juez existe un saber privado y otro oficial, y que, por ejemplo, la máxima de experiencia de que el agua fluye río abajo pertenece al saber oficial, mientras que, en cambio, aquélla sobre el carácter letal de un gramo de morfina pertenece al saber privado.

Así mismo, resalta, que no se ha de confundir, *el hecho notorio Judicial* con el *conocimiento privado del juez*, pues este último emana no de la influencia de un procedimiento, sino de los conocimientos adquiridos por el juez como persona; por lo cual el conocimiento privado del juez, según algunos no debería ser utilizado en juicio, a diferencia del hecho notorio judicial, pues sería contradecir el conocido aforismo latino *secundum allegata et probata partium debet iudex judicare, non secundum summa conscientiam*, y que en la actualidad se encuentra recogido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil: El Juez debe decidir conforme a lo alegado y probado en autos. Sin embargo, el vetusto aforismo *quod non est*

in actis non est in mundo (lo que no está en las actas no está en el mundo), es una absoluta e insalvable contradicción con la realidad del propio mundo, de la sociedad, del proceso, de la certeza y la justicia, pues si admitimos que el juez no es un convidado de piedra, porque es persona humana, no se le puede pedir que ignore esas realidades, y que haga valer su saber privado, más aún, cuando el proceso es y debe ser un instrumento para la realización de la justicia del caso concreto.

Para Montero (2005, 84-86), uno de los aspectos más debatidos en la doctrina es el que se refiere a la carga de la alegación del hecho notorio. Y distingue entre:

a) Afirmación del hecho: También respecto del hecho en sí mismo es conveniente distinguir entre:

1.º) Cuando el hecho es realmente de aquellos en los que la parte funda su petición, la afirmación del mismo por la parte es necesaria para que pueda ser tenido en cuenta por el juez.

2.º) Por el contrario, cuando el hecho es accesorio, en el sentido de que el mismo no es determinante de la causa de pedir alegada por la parte, *nada se opone a que el juez de oficio pueda apreciar su existencia.*

b) Afirmación de la notoriedad: La notoriedad no es un elemento esencial del hecho, sino una circunstancia accesorio, de modo que la misma no hace a la causa de pedir, no viniendo ésta modificada por el accidente de que el hecho sea o no notorio. *La notoriedad no es preciso que sea afirmada por la parte, pudiendo ser tenida en cuenta de oficio por el juez.*

Para Villagomez (2000, T. III, 30), esto plantea problemas de índole procesal, pues, sí partiéndose de la no necesidad de prueba del hecho notorio pudiera concluirse que las normas citadas implican que alcanza la alegación o afirmación de los mismos por las partes. La doctrina mayoritaria se pronuncia porque las normas son preceptivas de la alegación del hecho notorio por las partes para que el juzgador las tome en cuenta en el momento de la decisión. Así las cosas, es obvio, que los hechos notorios deben ser alegados por los litigantes, en virtud del principio de aportación de parte, pero una vez afirmada la notoriedad corresponde al juez apreciarla sin necesidad de medios de prueba.

En este sentido, podemos citar la Sentencia del Nº 509 del 08-10-2002 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia se pronuncia de la siguiente manera:

“(...) Y en lo tocante a la falta de aplicación del artículo 506 de nuestra Ley Adjetiva Civil, por considerar que la Recurrida no debió establecer que unos documentos eran privados, puesto que éstos establecían hechos notorios, debe la Sala advertir que, aún y cuando un documento demuestre un hecho notorio, -cuestión que no se necesita probar- es preciso que el juzgador lo valore como instrumento público o privado, y en base a ello apreciarlo, pero no debe considerarse que si hay un instrumento traído a juicio emanado de un particular y el cual demuestre un hecho notorio, o sea catalogado como privado. Por lo tanto es improcedente, la denuncia de falta de aplicación del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil”

En criterio del Profesor Parra Quijano (citado por Rivera 2008, 136-137), en materia civil, el hecho notorio, debe ser necesariamente alegado, tanto si sirve de supuesto a las pretensiones como a las excepciones. Argumenta que una cosa es que el hecho esté exento de prueba y otra muy distinta que no exista la carga de alegarlo. No puede confundirse la obligación que tiene

el juez de declarar probadas de oficio las excepciones perentorias, cuando estén demostradas en el proceso (excepto prescripción, compensación y nulidad), aún cuando no hayan sido alegadas, con la carga de la afirmación del hecho notorio. Concluye diciendo: *“El hecho notorio, pues, debe ser alegado, inclusive para que la parte, que pretenda decir que no lo es, lo discuta; o si sostiene que a pesar de ser un hecho notorio es éste equivocado, poder argumentar en este sentido”*.

En jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 03-08-94, entre los argumentos que respaldan su posición expone:

*“(…) En términos generales, ha señalado la Sala que, el **hecho notorio**, si bien es cierto que está libre de carga de prueba, sin embargo, el mismo debe ser alegado por las partes, ya sea, en el libelo de la demanda, o en el escrito de reconvención o en alguna otra oportunidad del proceso, de modo, pues, que el mismo forme parte de los elementos de hecho que circunscriben el problema judicial a debatir. Entendemos así, que el hecho notorio no puede ser traído de oficio por el sentenciador, sino que debe necesariamente ser traído al proceso por las partes. Así, el hecho notorio de la inflación podrá ser objeto de tipificación por el sentenciador y, seguidamente, objeto de subsunción a la norma jurídica o fáctica que trate sobre ella”*

A esta cita, tomada de Pierre Tapia O. JCSJ. N° 8-9. Año 1994, p. 368, Rivera (2008, 137), hace el siguiente comentario: “Hemos expresado que si hay alguna circunstancia exceptiva alegada por el demandado que pueda ser probada por un hecho notorio el juez debe en su sentencia declararlo, por supuesto, tendrá que analizarlo. Nos basamos en legislación y jurisprudencia comparada, véase por ejemplo el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil de Colombia que dispone: *“Cuando el juez halle probados los hechos*

que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia”.

En este mismo orden de ideas, en Sentencia N° 98, de 15 de marzo de 2000, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el Magistrado ponente Jesús E. Cabrera, refiriéndose al hecho notorio comunicacional expresa: “(...) Pero el juez, conocedor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase” (jurisprudencia ésta que será tratada en el punto **5.2.3.** del presente capítulo)

Y con respecto a la prueba de lo que es notorio y no notorio en un mismo caso, Satta (citado por Rivera 2008, 137), manifiesta que: resulta dificultoso, sobre todo cuando se trata de establecer la relación de causalidad. Un ejemplo, nos ayudaría más: *Andrea Pam* tiene una pequeña tienda y ha sido víctima de un hurto y reclama el pago del seguro por el daño sufrido, pero el contrato excluye los siniestros producidos en revuelta popular, el hecho de la revuelta popular puede ser notoria al juez y excluir de toda prueba en contrario, mientras que no es notorio que ese hurto se haya producido como consecuencia de la revuelta y como tal debe ser probado.

5.2. Jurisprudencia y examen crítico de la Jurisprudencia Venezolana sobre el hecho notorio

En cuanto al tema del hecho notorio, tema que como hemos referido en los capítulos anteriores no es pacífico en la doctrina, por lo que la jurisprudencia tanto en la extranjera como en la venezolana, se ha visto precisada a tomar posición en cuanto al establecimiento de los parámetros a

seguir para establecer cuando un hecho es notorio; por que a continuación me permito citar las sentencias proferidas en la República Bolivariana de Venezuela acerca del mismo en sus diversos tipos junto con el examen crítico de cada uno de esos diversos tipos:

5.2.1. Hecho notorio general

En sentencia N^a 653 de fecha 07-11-2003, referida a lo hechos notorios alegados por las partes, emanada de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, da el siguiente tratamiento:

(...) así el hecho notorio es aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal y propia de un determinado grupo social, y por tanto, el juez que tiene conocimiento de él debe utilizarlo como parte del material de los hechos del juicio, sin que exista de que las partes lo aleguen y menos que lo demuestren. Ahora bien, el hecho notorio no es una prueba, sino un hecho que debe ser incorporado por el juez al cuadro fáctico, sin exigir su demostración en juicio. Por ello, si se califica erróneamente o se desconoce su notoriedad, a pesar de haber sido alegado, no se viola el principio de exhaustividad probatoria, ni se comete el vicio de silencio de pruebas, sino que se infringe una norma de establecimiento de los hechos, distinta del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil: la prevista en el artículo 506 eiusdem, que establece que los hechos notorios están exentos de prueba, del cual, en modo alguno puede derivarse una obligación para los jueces de valorar, como ocurre con las pruebas, el hecho notorio alegado, y de expresar tal valoración en la sentencia como pretende el formalizante, pues del referido artículo simplemente se infiere la obligación de eximirlo de prueba e incorporarlo al cuadro fáctico una vez constatada su notoriedad.

En relación al deber del juez frente al hecho notorio en la sentencia:

El deber del juez de señalar en su sentencia las razones por las cuales considera que un determinado hecho es o no notorio, se desprende de la obligación contenida en el artículo 243 ordinal 4º del Código de Procedimiento Civil, según el cual toda sentencia debe contener los motivos de hecho y de derecho de la decisión, y su omisión acarrea la nulidad del fallo, por contener el vicio de inmotivación, de conformidad con el artículo 244 eiusdem; denuncia que sólo podría ser analizada por la Sala en el marco de un recurso por defecto de actividad. En cambio, si lo que se alega es que un determinado hecho está exento de prueba por ser notorio, y el tribunal no resuelve tal alegato, el vicio de forma cometido por el juzgador es el de incongruencia negativa, por incumplimiento del deber establecido en el ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, de dictar decisión expresa positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas.

Continúa la Sala señalando;

En el caso concreto, la Sala observa que el formalizante denuncia que el juez de alzada cometió el vicio de silencio de pruebas, por cuanto no valoró un hecho notorio alegado en la contestación de la demanda, lo cual, a su juicio, es violatorio del principio de exhaustividad probatoria, en acatamiento del cual el Juez está obligado a analizar para establecer los hechos, la totalidad de las pruebas producidas. Sobre el particular, la Sala observa que el juez de alzada no cometió el vicio de silencio de pruebas denunciado, pues tal y como se indicó anteriormente, el hecho notorio no constituye una prueba, sino precisamente un hecho que en razón de su notoriedad, la parte que lo alega está exenta de cumplir con la carga de su demostración, por lo que mal puede arguirse que el Juez de alzada infringió los artículos denunciados como infringidos, porque no analizó como prueba un hecho notorio.

5.2.1.1. Examen crítico de la Jurisprudencia Venezolana sobre el hecho notorio general

En esta sentencia, pues si una parte alegó el hecho, es obvio que es un hecho alegado y que en razón del artículo 506 del CPC, se encuentra exento de prueba, esto no excluye que el juez pueda considerar que el hecho alegado como notorio no es tal y en consecuencia debió haberse comprobado. Por ejemplo, si yo digo que es un hecho notorio la vaguada en Santa Cruz de Mora en el Estado Mérida en el año 2005, que arrasó con varias viviendas; y alego ese hecho como fuerza mayor, es claro que conforme al 506 no es objeto de prueba, pero en la sentencia el juez debe decir este hecho alegado se da por probado como hecho notorio y porque no hubo refutación del mismo; es decir, debe fijarlo como hecho si no ha sido refutado. Sin embargo si se alega por ejemplo como hecho notorio el fallecimiento de un Alcalde, es obvio que el juez podrá determinar que ello no constituye un hecho notorio, y en consecuencia tal alegato debe estar sujeto a prueba.

Mientras que nuestro Código de Procedimiento Civil, en el artículo 506, sólo hace referencia a que los hechos notorios no son objeto de prueba, pero nada dice con respecto a la incorporación de oficio por el juez; del transcrito artículo 388 del Código Procesal Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos (México) en el último punto del capítulo IV, referido al derecho comparado, permite al juez invocarlos, es decir incorporarlos al proceso, pero una vez incorporado al proceso se puede contradecir, traer la contraprueba sobre el hecho, bien porque no existió, o porque sucedió parcialmente.

5.2.2. Hecho notorio judicial

La Sala Constitucional, en sentencia N° 150, expediente N° 00-146, de 24 de marzo de 2000, al definir el hecho notorio judicial se pronuncia de la siguiente manera:

La notoriedad judicial consiste en aquellos hechos conocidos por el juez en ejercicio de sus funciones, hechos que no pertenecen a su saber privado, ya que él no los adquiere como particular, sino como juez dentro de la esfera de sus funciones. Es por ello que, los jueces normalmente hacen citas de la doctrina contenida en la jurisprudencia, sin necesidad de traer a los autos (aún simples) de las sentencias, bastando para ello citar sus datos. Suele decirse que como esos aportes jurisprudenciales no responden a cuestiones fácticas, ellos no forman parte del mundo de las prueba, lo que es cierto, y por lo tanto, no se hace necesario consignar en el mundo del expediente, copia del fallo invocado.

Sin embargo, bien es cierto que la observación anterior es válida, no es menos cierto que varias leyes de la República permiten al juez fijar hechos con base a decisiones judiciales que no cursan en autos, y a veces en ellos no constan. Así, los artículos 105 y 115 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia autorizan al Juzgado de Sustanciación a no admitir demandas si existiese cosa juzgada sobre lo que pretende la demanda. Como tal conocimiento es anterior al auto de admisión de la demanda, ya que en él se plasma no admitiendo, el mismo se adquiere fuera de autos y no prevé la citada ley que se deje constancia en el expediente, o ene. auto, de la fuente del conocimiento del fallo firme. Esta fuente, tratándose de sentencias judiciales que contienen la cosa juzgada, no pueden ser producto sino de la notoriedad judicial que adquiere el tribunal sobre esos fallos.

Igual situación prevé el numeral 8 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuando como causal de inadmisibilidad de la acción de amparo señala la existencia previa de otro amparo con el mismo objeto. Sólo la notoriedad judicial permite al juez de amparo, de oficio, inadmitir la acción por existir pendiente otro proceso de amparo.

En los casos señalados, el tribunal no admite cuando aún no hay una parte demandada, por lo que es el Tribunal quien aporta su deber sobre la existencia del otro u otros procesos de amparo, y fija tal hecho debido a su conocimiento proveniente de la función judicial.

Las normas citadas demuestran que en Venezuela funciona la notoriedad judicial, y ella -que atiende a una realidad- no puede quedar circunscrita a los casos expresamente contemplados en la ley, ya que atiende a una situación más general, cual es que el juez, por su cargo, conoce de una serie de hechos que tienen lugar en el tribunal donde presta su magisterio, y que le permiten conocer qué juicios cursan en su tribunal, cuáles sentencias se han dictado, y cuál es su contenido; identificar a los abogados que representan a las partes y otros hechos semejantes. La situación es aún más clara cuando los fallos tienen efectos erga omnes, y el juez debido a esos efectos, sí conoce la decisión, se ve en lo personal atado al contenido de la determinación judicial. Son las sentencias del proceso penal de ese carácter.

Si el juez del amparo tiene iniciativas probatorias y además, por notoriedad judicial conoce hechos típicos de la función judicial, no hay ninguna razón para qué en materia de amparo se haga uso de la notoriedad judicial, incluso, debido a la naturaleza notorio del conocimiento, sin necesidad de consignar en autos la fuente de su saber, bastando identificarla.

Si el juez de amparo, puede de oficio, no admitir la acción porque conozca la existencia de otra acción de amparo relacionada con los mismo hechos (numeral 8 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), de lo cual deja constancia, sin necesidad de producir en autos los recaudos, no hay ninguna razón, ni lógica ni técnica, que le impida aportar a los autos con los mismos fines (inadmisión de la demanda) su conocimiento sobre un fallo que incide en la admisibilidad de la acción. Es más, si sobre esa sentencia existe algún dato en el escrito de amparo, lo que la hace conocido por el accionante, no hace falta consignarla en autos.

Otra sentencia que se refiere al hecho notorio judicial es la de la Sala Político Administrativa, Nº 1.100, expediente 0105, de 16 de mayo de 2000,

en la cual en el Capítulo II, del análisis de la situación el magistrado ponente hace la siguiente reflexión que de seguidas se transcribe, cuyo contenido difiere del criterio sostenido por la Sala Constitucional del mismo Tribunal:

El denominado hecho notorio judicial (por oposición al hecho notorio general) deriva del conocimiento que el juez tiene sobre, hechos, decisiones, autos y pruebas en virtud de su actuación como magistrado de la justicia. En este sentido, se requiere que los hechos, pruebas, decisiones o autos consten en un mismo tribunal, que las causan tengan conexidad, que el juez intervenga en ambos procesos y que por tanto, en atención a la certeza procesal, a la verdad real, a la utilidad del proceso y a la economía y celeridad de este, el juez haga uso de pruebas pre-existentes de un proceso previo, para otro posterior.

*En este sentido Friedrich Stein , en su valioso trabajo El Conocimiento Privado del Juez, (editorial Temis, pags. 191 a 198), señala “al lado de los hechos del dominio público que son conocidos por el juez en razón de esa propiedad, hay una segunda e independiente que es la de los hechos cuyo conocimiento es específicamente judicial, es decir, aquellos que consisten en la propia actuación judicial del juez o que han constituido el objeto de su percepción oficial. No se trata de un subtipo de los hechos del dominio público: por una parte porque su conocimiento es puramente individual e infungible y porque tanto da que sean o no conocido de la generalidad al mismo tiempo; por otra parte, porque la fuente de conocimiento de el juez no es, en este caso irrelevante, ya que sus actuaciones y percepciones no oficiales no son en cuanto tales susceptibles de constituir o engendrar un conocimiento específicamente judicial. **omissis** Los hechos de conocimiento específicamente judicial tampoco necesitan ser probados. **Omissis** de cada práctica de la prueba engendra notoriedad, por lo que las actuaciones y percepciones del juez en ella se considera un conocimiento específicamente judicial. Más aún cuando dichas pruebas emanan del mismo órgano, quien tuvo su oportunidad de controlarlas en el juicio anterior”*

Concluye el autor con esta contundente expresión: “lo que el tribunal adquiere como resultado de la prueba con plena conciencia de su responsabilidad en la situación de receptor oficial de la prueba y generalmente bajo el control que permite la

contradictoria configuración de nuestro proceso eso debe servir a los jueces de una vez y por todas como parte integrante de su saber y de ello pueden estar convencidos sin necesidad de repetir la prueba”.

El criterio de los doctenarios patrios radica en que el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, cuando establece los hechos notorio no son objeto de prueba, se está incluyendo a la notoriedad judicial. En ese sentido Nerio Pereira Planas y otros en su trabajo Código de Procedimiento Civil Venezolano señalan que: “Notoriedad judicial: son hechos conocidos por el juez en razón de su propia actividad o procesos anteriores”.

Entonces, el hecho notorio judicial deriva de la certeza que tiene el juez por haber actuado en un proceso, que le produce un nivel de conciencia y certeza moral que lo vincula. Y por tanto el hecho notorio judicial no tan solo no requiere ser probado, sino que constituye una obligación para el juez, saberlo y producir su decisión tomando en cuenta esos hechos.

5.2.2.1. Examen crítico de la Jurisprudencia Venezolana sobre el hecho notorio judicial

La sentencia de la Sala Constitucional de fecha 24-03-2000, resalta las iniciativas probatorias del juez de amparo, y que además por notoriedad judicial conoce hechos típicos de la función judicial, indicando que no existe ninguna razón para qué en materia de amparo no haga uso de ella, bastando identificar en autos la fuente de su saber; mientras que la sentencia de la Sala Político Administrativa considera una obligación para el juez saberlo y producir su decisión tomando en cuenta esos hechos. Aquí se pone en funcionamiento la aplicación del juez de las máximas de experiencia adquiridas en la función judicial.

Ahora bien, en la sentencia de la Sala Constitucional, en mi concepto, diera la impresión que confunde lo que es un mandato legal con el hecho

notorio. El mandato contenido en las normas que cita –ley derogada- de excluir la cosa juzgada, supone un nivel de conocimiento, que es conocer la cosa juzgada. Esto supone una decisión de un tribunal con competencia, un objeto, unas partes y una pretensión. No debe la Sala, como lo hizo, decir que no hay exigencia de decir donde se obtuvo, pues la motivación debe indicar justamente sobre que decisión se predica la cosa juzgada, caso contrario se quebranta el deber del juez de señalar en su sentencia las razones por las cuales considera que un determinado hecho es o no notorio, conforme al artículo 243 ordinal 4º del Código de Procedimiento Civil; mientras que en la sentencia de la Sala Político Administrativa uno de los requisitos que exige es precisamente la identidad entre lo juzgado y lo otro es que exista certeza.

5.2.3. Hecho notorio comunicacional

Entre las referencias jurisprudenciales más citada en los últimos años por los diferentes tribunales, por lo extensa en apreciaciones, y que alude al hecho notorio comunicacional, es la Sentencia Nª 98 del 15-03-2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien inicia su argumentación relatando la existencia en el derecho medieval del principio *notoria non egen probatione*, que exoneraba de prueba al hecho notorio, citando el concepto que del hecho notorio hace el tratadista Italiano Piero Calamandrei en su obra Definición del Hecho Notorio.

La Sala ceñida la concepción clásica del hecho notorio señala que este:

(...)requiere, por la necesidad de la incorporación del hecho a la cultura, que el, por su importancia se integre a la memoria colectiva, con lo que adquiere connotación de referencia en el hablar cotidiano, o forma parte de los refranes, o de los ejemplos o recuerdos, de lo que se conversa en un círculo social. Por ello son hechos notorios sucesos como el

desastre de Tocoa, la caída de un sector del puente sobre el lago de Maracaibo, los eventos de octubre de 1945, la segunda guerra mundial, etc.(...)

Y luego pasa a referirse a la generación en la comunicación escrita y audiovisual de otro hecho como es el hecho publicitado o comunicacional.

La Sala Constitucional destaca que la fuente de los hechos comunicacionales tiene que ser la noticia como reseña de sucesos, eventos o acaecimientos que se han sucedido y que se han sucedido y que se publicitan, por lo que opiniones, entrevistas o apreciaciones de periodistas que se publican nunca pueden ser fuente de tales hechos comunicacionales. La Sala, en efecto señala lo siguiente:

“Por la vía de la información periodística el colectivo adquiere conocimiento, al menos en lo esencial, de determinados hechos y al todo el hecho o tener acceso a tal conocimiento, no se hace necesario con respecto al proceso, mantener la prohibición del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, principio general del derecho (que no se puede sentenciar sino de acuerdo a lo probado en autos). Tal principio persigue que el juez no haga uso de su saber personal sobre el caso, ...además de coartarle a las partes el control de la prueba.... Pero con los hechos publicitados la situación es distinta, todos conocen o pueden conocer de ellos lo mismo, y mal puede hablarse que se trata de un conocimiento personal del juez incontrolable para las partes. Es por ello que la prohibición del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, con su sentido protector de las partes, no opera ante este tipo de hecho, producto de los tiempos actuales y del desarrollo de la comunicación”.

En relación a la actuación del juez frente al hecho comunicacional, la Sala en la sentencia se preguntó si ¿Puede el juez fijar el hecho comunicacional, como un hecho probado, sin que conste en autos elementos que lo verifiquen?, respondiéndose:

(...) si observamos las sentencias, encontramos que ellas contienen un cúmulo de hechos que no están probados en autos, pero que son parte del conocimiento del juez como ente social, sin que puedan tildarse muchos de ellos ni siquiera como hechos notorios. Así, los jueces se refieren a fenómenos naturales transitorios, a hechos que están patentes en las ciudades (existencia de calles, edificios, etc.), a sentencias de otros tribunales que se citan como jurisprudencia, a obras de derecho o de otras ciencias o artes, al escándalo público que genera un caso, a la hora de los actos, sin que existan en autos pruebas de ellos(...)

Continúa la sala deliberando al respecto:

“Si esto es posible con esos hechos, que casi se confunden con el saber privado del juez, con mucha mayor razón será posible que el sentenciador disponga como ciertos y los fije en autos, a los hechos comunicacionales que se publicitan hacia todo el colectivo y que en un momento dado se hacen notorios (así sea transitoriamente) para ese colectivo. Esa realidad lleva a esta sala a considerar que el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado;porque negar su uso procesal”

En relación a su incorporación a los autos de los hechos comunicacionales, tanto por parte del juez como de las partes, la Sala señala lo siguiente:

El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión de un hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia. Pero el juez, conocedor de dicho

hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. Tal conocimiento debe darse por cierto, ya que solo personas totalmente desaprensivos en un grupo social hacia el cual se dirige el hecho, podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas.

Luego de haber realizado variadas consideraciones doctrinales y legales, la Sala precisa unas características para el hecho comunicacional, indicando que si bien:

*Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso, pero dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador. Esos caracteres concluyentes son: **1)** Se trata de un hecho, no de una opinión o testimonio, sino de un evento reseñado por el medio como noticia; **2)** Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; **3)** Es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que los comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y **4)** Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.*

5.2.3.1. Examen crítico a la Jurisprudencia Venezolana sobre el hecho notorio comunicacional

Evidentemente, que la comunicación es un hecho social y cultural. Como fenómeno social es obvio que produce efectos en la sociedad. Por lo que es importante determinar: **1)** el hecho comunicativo en sí, por ejemplo de la información que sea transmitida por los medios de comunicación social; como el caso que se refiere a la sentencia en el Juzgado Superior

Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, los Teques, expediente N° 0770-05, del 10 de octubre de 2005, donde la representación de la parte demandada apelante expuso: Que apela del acta del a quo que declaró su incomparecencia a la audiencia preliminar, por encontrar inconvenientes en las vías de acceso a la cede del Tribunal, para lo cual consignó en el expediente, notas de prensa que hacía referencia a los hecho por él invocados, la juzgadora para establecer si en efecto la parte recurrente, logró demostrar el acaecimiento de un hecho fortuito, fuerza mayor o hechos del quehacer humano, recurre a sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 310, de fecha 16 de octubre de 2003, referida al hecho notorio comunicacional, basando su definición de este como figura jurídica desarrollada por la Sala Constitucional en sentencia de fecha 15 de marzo de 2000. **2)** la atribución del hecho a alguien en específico y sea suficiente para enjuiciar. Por ejemplo; robaron la tienda de Pedro, y en el periódico se lee que testigos dijeron que el ladrón es Juan, conocido como “el cara pintada”. Puede considerarse como hecho la información comunicativa que apareció la siguiente día en el periódico, sobre el hecho del robo porque informa una realidad, pero no puede ser un hecho notorio que Juan “el cara pintada” sea el ladrón.

Estos dos aspectos no los separa la decisión de la Sala, aún cuando admite la posibilidad de falsedad.

El hecho notorio comunicacional es un hecho conocido por todos, y obviamente el juez es parte de esto todo, y puede hacer uso de su razonamiento incorporándolo de oficio al proceso.

Es importante señalar que el hecho notorio comunicacional y el hecho notorio general tienen un mismo difusor que son los medios de divulgación; la diferencia constituye en que el hecho notorio tiene más efecto en el tiempo, mientras que el hecho notorio comunicacional, tiene vigencia en un momento determinado.

5.2.4. Hecho notorio inflación

Se trata separadamente este punto en razón de la divergencia de criterios que han sostenido las diversas Salas que conforman el TSJ, ya que para algunos, la inflación constituye un hecho notorio y consecuentemente habría que aplicarles una máxima de experiencia cual sería la indexación, por corresponder aquel fenómeno a un deterioro del poder adquisitivo de la moneda. En contraste con ello, encontramos otra postura en la que se señala que la inflación no es un hecho notorio sino que debe ser corroborado por los organismos competentes; es decir, que debería aportarse el elemento probatorio, emanado de organismos oficiales, que comprueben la existencia de dicho fenómeno. Por ello, de seguidas se transcriben las posiciones tanto de la Sala de Casación Civil como de la Sala Constitucional del alto tribunal de la República en los que se expresan los criterios discrepantes:

Sala de Casación Civil, sentencia N° 0653, expediente N° 00-209, de 7 de noviembre de 2003.

La Sala observa que en la sentencia citada por el formalizante se dijo:

“...En sentencia de fecha 19 de junio de 1996 (caso Maghlebe Landaeta contra C.N.A. Seguros La Previsora), ratificando lo

establecido en fallo anterior del 3-8-94, expresó la Sala lo siguiente:

...Considera la Sala que la indexación como máxima de experiencia, se ha de aplicar sobre hechos traídos y establecidos en el proceso que por su naturaleza y tipicidad, sean susceptibles de ser subsumidos en el dispositivo de la norma fáctica de la indexación. La inflación como elemento de hecho es un hecho notorio, que como tal no está sujeto a prueba, pero debe sin embargo, ser traído al proceso por las partes y no de oficio por el juez...

La indexación no puede ser acordada en cualquier estado del proceso. En efecto, la misma sólo puede ser establecida en el dispositivo del fallo. De modo pues que si en éste no es ordenado por sentenciador expresamente, debe la parte interesada recurrir contra el mismo por haber infringido una máxima de experiencia por falta de aplicación, o por cualquier otro motivo, según sea el caso o por estar viciado el fallo por incongruencia negativa, al no pronunciarse sobre algo expresamente solicitado en el libelo de la demanda. En fin, el resolver o no, sobre la indexación en el fallo definitivo puede acarrear tanto en defecto de actividad como un error *in ubicando*. Produciría un defecto de actividad en los siguientes casos: 1) la incongruencia negativa cuando siendo de orden privado y no haya sido solicitado por las partes oportunamente, el juez la acuerda. 2) De incongruencia negativa cuando, siendo de orden privado, y las partes si la hayan solicitado oportunamente, si el sentenciador no se pronuncia sobre ella ni acordándola ni negándola. 3) Cuando el objeto de la controversia es materia de orden público y la indexación es solicitada por las partes oportunamente, si el sentenciador no se pronuncia sobre ella, el fallo estaría viciado de incongruencia negativa. 4) En cambio, si es de orden público y no fue solicitada por las partes, pero el sentenciador la acuerda oficio no existiría el vicio de incongruencia positiva...” (Sentencia de la Sala de Casación Civil del 28 de mayo de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. Alirio Abreu Burelli en el juicio de Palmeras El Uvero, C:A:, (Peuca) contra Envases Comercio, C.A., (Endoca), en el expediente N° 92-428 N° 101). (Subrayado de la Sala)

Como puede observarse del contenido de la doctrina anterior, la indexación ha de acordarse sobre la base de los hechos establecidos en el juicio, siempre y cuando la naturaleza de éstos

puedan ser subsumidos en la disposición fáctica contenida en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. En el caso que nos ocupa, la solicitud de indexación de la cantidad estimada e intimidada por honorarios fue objeto de control y contradicción por las partes y, en consecuencia, el juez de la instancia superior estaba obligado a pronunciarse. Sin embargo, la sentencia recurrida expresa:

“...DECLARA con lugar el derecho que tienen los abogados intimantes OMAR E. GARCIA VALENTINER y GUSTAVO ALVAREZ VASQUEZ (...) a cobrar sus honorarios profesionales de sus intimados MARÍA FUENMAYOR GONZALEZ y PAUL FUENMAYOR GONZALES(...)Se confirma la sentencia apelada...

Se condena a la parte demandada al pago de costas y costos del proceso por haber resultado vencidos en el presente proceso, de conformidad con lo previsto ene. artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, quedando excluidas las partidas por honorarios profesionales, ya que la misma no procede en caso como el de autos, en que el reclamante se representa a sí mismo...”

De lo anterior, se evidencia que la recurrida declaró con lugar el derecho a cobrar honorarios profesionales a los intimados, pero descuidó de manera absoluta un pronunciamiento vinculado a esta declaratoria constituido por la indexación solicitada por los demandantes, la cual, como lo ha precisado esta Sala, constituye una máxima de experiencia cuyos hechos constitutivos en este específico caso fueron traídos al proceso., En consecuencia, la sentencia recurrida infringió el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación. Así se declara.

Esta decisión fue reiterada por la Sala Constitucional en sentencia N° 438, de 28 de abril de 2009 por el Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz al resolver el recurso de revisión en contra de la sentencia definitiva emitida por el Juzgado Quinto de Primera instancia Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas, el 26 de julio de 2006.

Sala Constitucional, sentencia N° 3456, expediente N° 03-2216, de 10 de diciembre de 2003.

En tal sentido, se estima necesario indicar que, el ajuste por inflación -que ha sido reiteradamente tratado por la jurisprudencia de este alto tribunal- cuando haga referencia a derechos disponibles y de interés privado sometidos al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, no podrá ser acordado de oficio por el sentenciador, teniendo en consecuencia, que debe ser requerido formalmente por la parte actora en su libelo y no con posterioridad (a fin de no causar indefensión a la contraparte y que ésta pueda formular los alegados que ha bien tuviera sobre tal solicitud); por cuanto, si fuese concedido sin haberse solicitado en el escrito libelar, el sentenciador estaría otorgando a la parte más de lo pedido, incurriendo de esta forma en el vicio de incongruencia del fallo, excepto por supuesto, cuando se trate de materia de orden público o de derechos no disponibles e irrenunciables, donde el juzgador sí podrá de oficio acordar la indexación por mandato de ley.

Sala Constitucional, sentencia N° 576, expediente N° 05-2216 de 20 de marzo de 2006.

Al respecto, la Sala observa:

El poder adquisitivo de la moneda es algo inherente o intrínseco a ella, representa su valor real y como tal no tiene que ver ni con daños y perjuicios, ni con intereses devengados o por vencerse, ya que la indemnización de daños y perjuicios se calcula para la fecha de su liquidación judicial, con el valor que tenga para esa fecha, y la tasa de interés –con sus posibles fluctuaciones- nada tiene que ver con el valor real de la moneda.

...Omisis...

*A juicio de esta Sala, la inflación **per se** como fenómeno económico, no es un hecho notorio, ni una máxima de experiencia; ella a su vez difiere de los estados especulativos, o de los vaivenes transitorios de los precios, y, repite la Sala, su existencia debe ser reconocida por los organismos económicos oficiales competentes para ello, y cuando ello sucede es que la inflación se considera un hecho notorio.*

Una vez determinada la existencia del estado inflacionario, conocer su índice es también un problema técnico que debe ser señalado por los organismos que manejan las variables económicas y que por tanto puedan precisarlo. No se trata de un problema empírico que puede ser reconocido aduciendo que se trata de un hecho notorio, lo que no es cierto, ya que atiende a un concepto económico; ni que se conoce como máxima de experiencia común, ya que su reconocimiento y alcance es una cuestión técnica.

Por ello, a juicio de esta Sala, los jueces no pueden, sin base alguna, declarar y reconocer que se está ante un estado inflacionario, cuando económicamente los organismos técnico no lo han declarado así como sus alcances y los índices generales de inflación por zona geográficas. Conforme al artículo 318 Constitucional, corresponde al Banco Central de Venezuela lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria, por lo que coordina con el Ejecutivo el balance de la inflación (artículo 320 Constitucional), lo que unido a los artículo 50 y 90 de la Ley del Banco Central de Venezuela, corresponde a este ente establecer legalmente, y por tanto la determinación, de las tendencias inflacionarias.

Reconocido oficialmente por los órganos competentes y autónomos del Estado (Banco Central de Venezuela), la situación inflacionaria, aunado a que el fenómeno lo sufre toda la población, éste se convierte en un hecho notorio, más no la extensión y características del proceso inflacionario. Por ello, los índices inflacionarios variables deben ser determinados.

A juicio de la Sala, no pueden los órganos jurisdiccionales, sin declaratoria previa de los entes especializados, reconocer un estado inflacionario y sus consecuencias, sin conocer si se estaba

ante un ajuste coyuntural de precios, un desequilibrio temporal en los mercados específicos (determinados productos), un brote especulativo, o un pasajero efecto de la relación del bolívar con monedas extranjeras. Ahora bien, reconocida la inflación, tal reconocimiento se convierte en un hecho notorio, ya que el mismo se incorpora a la cultura de la sociedad, pero no toda inflación desestabiliza económicamente y atenta contra el valor del dinero, siendo necesario –y ello a criterio del juez- que se concrete un daño económico, un deterioro del dinero, lo que puede ocurrir cuando el índice inflacionario supera el cinco por ciento (5%) anual.

El efecto inflacionario radica en que la moneda pierde su poder adquisitivo, lo que como ya lo apuntó la Sala, es un valor intrínseco de ella, y por tanto surge la pregunta si quién pretende el pago de una acreencia debe invocar o no expresamente se le indexe judicialmente la suma reclamada o si ello opera de oficio; dando por sentado que en un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 Constitucional) resulta lesivo que durante la época inflacionaria impere el artículo 1.737 del Código Civil, el cual establece la entrega de valor monetario numéricamente expresado para la acreencia, antes que el pago en dinero del valor ajustado (justo) que resulta de la inflación existente para el momento del pago.

...omisis...

Resulta injusto, que el acreedor reciba años después del vencimiento, el monto exigible de la acreencia en dinero devaluado, lo que lo empobrece y enriquece al deudor; a menos que exista por parte del acreedor una renuncia a tal ajusta indexado, la cual puede ser tácita o expresa, cuando la convención no contiene una cláusula escapatoria de valor.

En un sistema de derecho y de justicia, resulta un efecto de derecho, que el acreedor demandante está pidiendo se le resarza su acreencia, con el poder adquisitivo de la moneda para la fecha del pago real, que a los fines de la ejecución no es otro que el de fijación o liquidación de la condena.

Sin embargo, tal efecto de derecho, implícito en cada cobro, no puede ser pedido en cualquier oportunidad del juicio por el demandante, ya que el mismo atiende a sus derechos subjetivos,

renunciables, en las materias donde no está interesado el orden público y el interés social, y por ello debe ser solicitado expresamente por el accionante.

Esa necesidad de pedir, invariable, sin embargo en un Estado Social de derecho y de justicia, puede sufrir excepciones en materia de interés social y de orden público, donde el valor justicia y el de protección de la calidad de vida impera, y por ello en materia laboral y de expropiación -por ejemplo- se aplica de oficio la indexación, sin necesidad de alegación, aunque lo que se litiga son derechos subjetivos.

La Sala, sin entrar en las disquisiciones doctrinarias que distinguen equidad de justicia considera que de poder aplicarse de oficio, por equidad, la indexación, sin que medie para ello petición de parte, lo sería sólo en los casos de interés social y de orden público, donde priva la solución socialmente justa que debe imperar en esas materias, conforme a los principios constitucionales y la realidad social, que hay que ponderarlas.

...Omisis...

Consecuencia de lo expuesto es, que en materia que no afecta el orden público, ni el interés social, sino a los derechos e intereses particulares de los ciudadanos, las normas deben aplicarse en el sentido que exige el artículo 4 del Código Civil, que en el caso del Código de Procedimiento Civil, es claro con respecto a lo que debe contener la demanda, la contestación y la sentencia, y que carga al demandante a pedir en su libelo y no en cualquier momento del proceso cognoscitivo, la indexación, y claro está, el monto de la misma como acreencia autónoma, no podrá ser pedido en otro proceso distinto a aquel donde se demanda la acreencia. Siendo un hecho notorio, no hay ninguna razón para que no se incluya, con carácter preclusivo, dentro de la pretensión, la petición de indexación; y por ello permitir que en oportunidad distinta a la demanda y a la reconvenición, se pida la indexación, es violar el derecho de defensa del demandado o del reconvenido, quien ajustará su defensa a la situación alegada y no a otra.

Una solución contraria es en la actualidad una violación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, ya que el juez estaría supliendo argumentos al accionante.

Cuando el fenómeno inflacionario comenzaba, y aparecía como sobrevenido, era aceptable que por razones de justicia –y hasta de orden público- se permitiera que la indexación se solicitare hasta en informes; pero en la actualidad –siendo notoria- en un proceso dispositivo, destinado a ventilar derechos subjetivos, es inconcebible que fuera de las demandas de interés social, se acuerde de oficio, o se acepte que se solicite fuera de la pretensión.

...omisis...

Por esas razones, la Sala debe puntualizar cuáles son las obligaciones indexables, lo que viene dado por una situación procesal ligada al alcance de la condena, y a la oportunidad legal de su liquidación.

Las condenas tienen diversos regímenes en las leyes. Hay casos en que la indexación no es posible, ya que la propia ley señala en cual época debe ser liquidado el valor de la demanda. Así los artículos 1457, 1507, 1514, 1521, 1523 y 1744 del Código Civil, por ejemplo, señalan que las cantidades a condenarse deben ser calculadas antes de la fecha de la demanda, por lo que sería imposible indexarlas o corregirlas para que den un resultado diferente, ya que ello violaría la ley. Otras normas, como la de los artículos 1466, 1469 y 1584 del Código Civil, ponen como hito del monto condenable, el valor al momento de la introducción del libelo. En supuestos como estos no es posible adaptar las condenas al valor actual de la moneda, en base a su poder adquisitivo, ya que el legislador, consideró que el resarcimiento justo se lograba mediante los valores atribuibles a los bienes resarcibles (incluso dinero) en esas oportunidades, y por tanto cualquier petición contraria sería ilegal.

...Omisis...

La situación en materia de daños y perjuicios contractuales o extracontractuales, tiene otro cariz, ya que los daños (emergente y lucro cesante) se liquidan efectivamente para el momento del pago, por lo que es a los precios para esa oportunidad, que se calculan, y siendo así teóricamente la indexación no puede tener lugar; como tampoco puede tener lugar con relación a los daños morales, ya que ellos los determina el juez también para el momento del fallo, señalando el monto de los mismos. Se trata de

sumas que se calculan para la fecha del fallo, sin tomar en cuenta los valores anteriores.

...omisis...

El problema radica en los daños cancelados a la víctima (accionante) antes de la demanda o durante el proceso, que se pagan con la moneda (y su poder adquisitivo) vigente para la fecha de la cancelación. ¿Podrán recuperarse indexados para la fecha del pago por el demandado?.

Se trata de una suma que se pagó con el valor de la moneda para esa fecha y que no se conocía si se recuperaría o no, ya que ni siquiera mediaba demanda al respecto, y que -en materia extracontractual- ni siquiera existía un vínculo entre acreedor y deudor.

...omisis...

*Corresponde a la sentencia determinar el monto líquido de la condena, de allí que si el juez considera procedente la indexación, deberá señalar en su fallo tal situación, no fuera de él (ya que ello no está previsto en el Código de Procedimiento Civil), ordenar conforme a los artículos 249 del Código de Procedimiento Civil si fuera el caso, ó 527 **eiusdem**, liquidar el monto ejecutable. Sólo después de estas operaciones dentro del proceso donde surgió la condena con los respectivos dictámenes es que la sentencia ha quedado definitivamente firme y se decretará su ejecución si no hay recursos pendientes.*

Si el juez considera que la experticia complementaria (artículo 249 del Código de Procedimiento Civil) del fallo, nada aportará, o practicada ésta se convence que es imposible probar el número o valor de las cosas demandadas o el importe de los daños y perjuicios procederá a deferir el juramento al actor (artículo 1419 del Código Civil), y lo que éste jure se tendrá como monto de la condena, salvo la taxatio o el derecho del juez de moderar lo jurado, conforme al artículo 1420 del Código Civil; sobre estas sumas, montos de condena, no hay indexación alguna, y si se decretase se violaría el debido proceso.

5.2.4.1. Exámen crítico de la Jurisprudencia Venezolana sobre el hecho notorio inflación.

El criterio sostenido en la Sala Constitucional sobre el hecho notorio inflacionario contradice lo sostenido por decisiones anteriores. Por ejemplo, todos los medios de comunicación social pueden informar del hecho inflacionario, como de hecho sucede, incluso recogiendo opiniones de personas expertas e instituciones con capacidad técnica para opinar, lo que significa que el hecho notorio inflacionario es un hecho notorio comunicacional, que como tal podría ser fijado de oficio por el juez en el proceso.

Por otra parte, el hecho notorio inflacionario tiene efectos de diversa naturaleza, pero el palpable por la gente es el alza de los precios, que pueden deberse a razones de especulación, acaparamiento, etc. En una sociedad puede existir el fenómeno de la inflación sin que sea declarado oficialmente.

La inflación es definida como desequilibrio económico caracterizado por la subida general de precios y que proviene del aumento del papel moneda (Diccionario Pequeño Larousse 1975, 493).

También es definida como la elevación notable del nivel de precios con efectos desfavorables para la economía de un país. (Diccionario de la Lengua Española 2001, 1273)

Hay inflación en sentido general cuando hay una paulatina alza de precios de los bienes disponibles, especialmente reflejados en el consumo de la cesta alimentaría.

CONCLUSIONES

Del análisis de los precedentes capítulos que constituyen el presente trabajo de investigación se llega a las siguientes conclusiones:

- El derecho a la prueba se erige en un derecho fundamental de la persona y está rodeado de un conjunto de garantías que posibilitan su realización efectiva. Entre ellas, el contradictorio, el juez natural, la asistencia jurídica y la impugnación. Como todo derecho fundamental es de estructura compleja que implica varios aspectos: derecho a postular prueba, derecho a que se admita conforme a la ley, derecho a que se practique o evacúe la prueba admitida y derecho a la valoración de la prueba practicada. En cada uno de estos aspectos deben tener eficacia las garantías procesales.

- La prueba se constituye en el mecanismo ideal de cognición en el proceso sobre los hechos, por lo que plantea problemas epistemológicos que aun el derecho procesal y el legislador no han resuelto. Como medio de cognición está íntimamente relacionado con el objeto de prueba, por lo que cada uno de los medios conforme a su objeto y su forma de relacionarse con dicho objeto, dará grados de comprobación y por tanto, grados de conocimiento.

- Existe una relación indisoluble en el proceso cual es hecho, prueba y verdad, sobre la cual el derecho procesal ha descuidado y existe un verdadero agujero negro con relación al estudio de los hechos y su importancia en el proceso; a su vez, hay una confusión sobre el tipo de verdad que se puede declarar en la sentencia. Es claro que siempre se ha dicho con relación a la prueba en el proceso “dame los hechos y te daré el derecho”, pero no ha dejado de ser sino un simple enunciado, descuidándose lo relativo a los hechos. Así mismo, con relación a la verdad,

debe practicarse que forma parte del conocimiento de los hechos y no puede sostenerse la existencia de una verdad formal, pues ella puede estar sustentada en la falsedad, lo que implicaría una sentencia injusta.

- El hecho notorio es una forma de conocimiento general que se dispensa de prueba porque forma parte del saber social y si tiene relevancia para el proceso concreto no hay necesidad de probarlo. El manejo conceptual del hecho notorio en el fórum nacional no es adecuado y es poco utilizado en el proceso venezolano. El hecho notorio se dispensa de prueba, básicamente, como una forma de celeridad procesal, en cuando, a que en el proceso debe obviarse lo necesario. En este sentido como el hecho notorio se presume conocido por las partes y el juez, por ser de conocimiento social, resulta dispendiosa la actividad probatoria sobre un hecho que es conocido socialmente.

- La jurisprudencia venezolana no ha sido pacífica en cuanto a la consideración del hecho notorio y ha mantenido una confusión conceptual sobre la misma. La doctrina jurisprudencial actualmente elaborada presenta fallas en cuanto a la precisión del hecho y la divulgación del hecho, en virtud de que solapa ambos conceptos. Así mismo, confunde el hecho con las posibilidades de validez de conocimiento sobre el mismo. Es necesario *de lege ferenda* se precisen unos parámetros sobre el hecho notorio dispensado de prueba, y también la jurisprudencia revise conceptualmente sus apreciaciones sobre el hecho notorio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arce, J., (1990), ***Los principios generales del derecho y su formulación Constitucional***. Madrid: Editorial Civitas.
- Bello, H., (1991), ***La prueba y su técnica***. 5ta. ed. Caracas: Mobil Libros.
- Bello, H., (2007), ***Tratado de derecho probatorio***. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes.
- Binder, A. (1999), ***Introducción al derecho procesal penal***. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc. s.r.l.
- Bunge, M., (1972), ***La ciencia, su método y su filosofía***. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte.
- Cabrera, J., (1980), ***Las iniciativas probatorias del juez en el proceso civil regido por el principio dispositivo***. Caracas: Edifove.
- Calamandrei, P., (1945), ***El proceso civil***. (Trad. S. Sentis Melendo) Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. (original italiano)
- Carnelutti, F., (1944), ***Sistema de derecho procesal civil***. Argentina: Uteha.
- Carnelutti, F., (1955), ***La prueba civil***. (Trad. N. Alcalá Zamora) Buenos Aires: Ediciones Arayú. (original italiano)
- Código de Procedimiento Civil de Venezuela (1985), ***Gaceta de la República de Venezuela***. Nº 4.209 (Extraordinario). Septiembre 18 de 1990.
- Código de Procedimiento Civil (2007). ***Ministerio de Justicia de Chile***. Proyecto de Ley. Noviembre 12 de 2007.
- Código Orgánico Procesal Penal (2008). ***Gaceta Oficial***. Nº 5.894 (Extraordinario): Agosto 26 de 2008.
- Código Procesal Civil Para el estado Libre y soberano de Morelos (2008) ***Legislatura del Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Morelos***. México, Marzo 05 de 2008.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), ***Gaceta Oficial de Venezuela***. Nº 5.423 (Extraordinario). Marzo 24 de 2000.

- Couture, E., (1978), ***Fundamentos del derecho procesal civil***. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Couture, E., (1960) ***Vocabulario jurídico***. Montevideo: ed. Martín Bianchi Altuna.
- Cuenca, H., (2000). ***Derecho procesal civil***. (8ª. Ed. T.I.) Caracas: Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca
- De Santo, V., (2005), ***La prueba judicial***. (3ª. Ed.) Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Devis, H. , (1993), ***Teoría general de la prueba judicial***. (4ª. Ed. T.I.). Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Eisner, I., (1992), ***La prueba en el proceso civil***. Buenos Aires: Abeledo Perrot. S.A.E.
- Estrada, J. (2000), ***La eficacia de los derechos fundamentales entre los Particulares***. Bogotá: Edita Universidad Externado de Colombia.
- Gascón, M., (1999), ***Los hechos en el derecho***. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Guerrero, G. (2008). ***Objeto de la prueba judicial civil y su alegación***. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. (Colección Estudios Jurídicos N° 11)
- Larousse (1975). ***Diccionario enciclopédico***. Barcelona: Editorial Moguer
- Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 5.771. (Extraordinario). Septiembre 1 de 2005.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo. ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 37.504. Agosto 13 de 2002.
- Méndez, L., (1999), ***El hecho cultural y la prueba***. Revista de Derecho Probatorio, N° 11, 339- 444. Caracas: Editorial Jurídica Alva.
- Montero, J. (2005). ***La prueba en el proceso civil***. (4ª ed.) España Tomson Civitas.

- Ortiz, R., (2001), ***La tutela constitucional preventiva y anticipativa.***
Caracas: Editorial Frónesis.
- Parra, J., (2008), ***Manual de Derecho Probatorio.*** (16ª ed.): Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Pierre, O., (1994), ***Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.*** 8-9. Año XXI. Caracas: Editorial Pierre Tapia.
- Quiroga, A., (2008), ***Estudios de derecho procesal.*** Lima: Editorial IDEMSA
- Real Academia Española (2001), ***Diccionario de la lengua española.*** (22ª Ed. T.I.). MADRID: editorial Escasa Calpe, S.A.
- Rengel, A., (1992), ***Tratado de derecho procesal civil vsenezolano.*** (2ª. ed. T.I.) Caracas: Editorial Arte.
- Rengel, A., (2007), ***Tratado de derecho procesal civil venezolano.*** (13ª Ed. T.III.) Caracas: Impreso por Altolitho C.A.
- Rivera, R., (2008), ***Actos de investigación y pruebas en el proceso penal.***
Barquisimeto: Librería J. Rincón G.
- Rivera, R., (2007), ***Las pruebas en el derecho venezolano.*** (4ª ed.).
Barquisimeto: Librería J. Rincón C.A.
- Rivera, R., (2009), ***Nulidades procesales penales y civiles.*** (2ª ed.)
Barquisimeto: Librería J. Rincón C.A.
- Rodríguez, J., (1983), ***La autoridad del juez y principio dispositivo.***
Caracas: Editor Anibal Alvarez A.
- Sentis, S., (1979), ***La prueba.*** Buenos Aires: Editorial Ejea.
- Stein, F., (1988), ***El conocimiento privado del juez.*** (Trad. A. De La Oliva) (2ª. Ed.). Bogotá:Editorial Temis. (original alemán)
- Taruffo, M. (2005), ***La prueba de los hechos.*** Milano: Editorial Trotta.
- U.C.A.B. (1997). ***Manual para la elaboración del trabajo especial de Grado ene. área de Derecho .*** Caracas.

Venezuela. **Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda. Los Teques.** Expediente N° 0770-05.
Octubre 10 de 2005

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2000). **Sala Constitucional.**
Sentencia N° 98. Marzo 15 de 2000.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2000). **Sala Constitucional.**
Sentencia N° 150. Marzo 24 de 2000.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2003). **Sala Constitucional.**
Sentencia N° 181. Febrero 14 de 2003.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2003). **Sala Constitucional.**
Sentencia N° 3456. Diciembre 10 de 2003.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2006). **Sala Constitucional.**
Sentencia N° 576. Marzo 20 de 2006.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia (2009). **Sala Constitucional.**
Sentencia N° 438. Abril 28 de 2009.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2005). **Sala de Casación Civil**
Sentencia de Junio 15 de 2005.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2003). **Sala de Casación Civil**
Sentencia N° 00653. Noviembre 07 de 2003.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2002). **Sala de Casación Social.** Sentencia N° 509. Octubre 08 de 2002.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2006). **Sala de Casación Social.** Sentencia N° 1220. Agosto 03 de 2006.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2006). **Sala de Casación Penal**
Sentencia N° 205. Mayo 22 de 2006.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2000). **Sala Político Administrativa.** Sentencia N° 1.100. Mayo 16 de 2000.

Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2002). **Sala Político Administrativa.** Sentencia N° 325. Febrero 26 de 2002.

Villagomez, M. (2000), ***La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: La prueba.***
T.III. Madrid: Editorial Tecnos.