

**REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DE FAMILIA Y DEL NIÑO**



**OBJETO DE LA PRUEBA EN MATERIA DE PROTECCIÓN
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.** De acuerdo a las normas
contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,
el Código de Procedimiento Civil y la Ley Orgánica para la Protección
del Niños, Niñas y Adolescentes

Proyecto Especial de Grado,
para optar al Grado de Especialista, en
Derecho de Familia y del Niño

Autora: Rosa Isabel Reyes Rebolledo

Tutora: Dra. Georgina Morales

Caracas, Marzo 2010

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DE FAMILIA Y DEL NIÑO

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana abogada **Rosa Isabel Reyes Rebolledo**, para optar al Grado de Especialista en Derecho de Familia y el Niño, cuyo título es el **Objeto de la prueba en materia de niños, niñas y adolescentes**; y que acepto asesorar a la estudiante, durante la etapa de desarrollo del Trabajo hasta su presentación y evaluación.

En la ciudad de Caracas, a los días del mes de Enero de 2009.

Dra. Georgina Morales

CI. 3.496.106

DEDICATORIA

**A la Dra. Margelys del Carmen
Guevara Velásquez, excelente
profesional y amiga
incondicional quien desde el
cielo ha bendecido este trabajo.**

RECONOCIMIENTOS

**A mi equipo de trabajo en el
Circuito Judicial de
Protección de Niños, Niñas y
Adolescentes de la
Circunscripción Judicial del
Área Metropolitana de
Caracas y Nacional de
Adopción Internacional,
Jorge Devenish, Leopoldo
Ramírez, Andy Rosales e
Incary Guerra, por su apoyo
constante.**

INDICE GENERAL

	Pág.
APROBACION DEL ASESOR	ii
DEDICATORIA	iii
RECONOCIMIENTOS	iv
INDICE GENERAL	v
RESUMEN	vii
INTRODUCCION	viii
 CAPITULO I	
Influencia de los Principios Especiales emanados de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes	2
 CAPITULO II	
Derecho a Probar	7
 CAPITULO III	
Discrepancia doctrinaria de la Concepción del Objeto de la Prueba	9

CAPITULO IV

Hechos objeto de Prueba Judicial	14
----------------------------------	----

CAPITULO V

Obligación de Indicar el Objeto de la Prueba	24
--	----

CONCLUSIONES	26
---------------------	-----------

RECOMENDACIONES	44
------------------------	-----------

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	47
-----------------------------------	-----------

**REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DE FAMILIA Y DEL NIÑO**

**OBJETO DE LA PRUEBA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Autor: Rosa Isabel Reyes Rebolledo

Asesor: Georgina Morales

Fecha: Ene, 2009

RESUMEN

El objeto de la prueba es fundamental para el despliegue de la actividad probatoria que las partes deben ejercitar, para llevar, ante el Juez o Jueza, las convicciones suficientes que harán ver la veracidad o falsedad de sus afirmaciones. En este sentido, es importante resaltar que si bien es cierto que no se encuentra consagrada de forma expresa la normativa legal *-en la materia de niños, niñas y adolescentes-*, podemos afirmar responsablemente que ésta si consagra principios rectores (*el interés superior del niños, la búsqueda de la verdad [hoy primacía de la realidad de los hechos], la ausencia de formalismos, entre otros*) que vienen a influir notoriamente en la actividad probatoria, la cual, a pesar de la evolución de la Doctrina de la Protección Integral, aún se encuentra fuertemente vinculada a las disposiciones legales de la materia ordinaria civil. Se realizará especial énfasis, en cuanto a la influencia de los principios especiales emanados de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en como debe desarrollarse el objeto de la prueba en ambas materias, estableciendo tanto similitudes como diferencias, así como las distinciones entre el modo, tiempo y lugar que rige la actividad probatoria de las partes en ambos textos legales.

El método a emplear será el de una monografía, de corte documental, a nivel descriptivo.

Descriptores: Objeto, prueba, niños y adolescentes, verdad e interés superior.

INTRODUCCION

Identificar el objeto de la prueba en materia de niños, niñas y adolescentes en relación con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código de Procedimiento Civil y la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente es el objetivo principal que da origen a la presente investigación, para lo cual se realizó un análisis de las citadas normas jurídicas con relación a la nueva concepción de Estado, donde se otorga un reconocimiento a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, desarrollando así la protección de sus derechos fundamentales y de sus familias. En este complejo axioma surge la obligación de efectuar un estudio comparado de distintas realidades procesales (objeto de la prueba dentro del proceso civil ordinario y dentro del proceso civil especial de niños y adolescentes) a fin de preservar la protección debida, teniendo siempre como norte, velar por la integridad del interés superior del niño, sin que la aplicación de éste último sirva como causa de justificación para desconocer totalmente los demás sustentos legales.

En la praxis, y en atención a los principios elementales contenidos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se relaja la rigidez -en lo tocante al desenvolvimiento de la actividad probatoria- de algunas disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, pues en la mayoría de los casos, y

más aún cuando así lo exige el interés superior del niño, las normas de la materia ordinaria civil resultan incompatibles con los fines y soluciones de la norma especial.

En tal virtud, se hace necesario el análisis de las bases jurídicas que sustentan el orden procesal, así como de aquellas establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que propugnan al niño, niña y/o adolescente como sujeto pleno de derechos, y que producto de ello, debe prevalecer su interés superior ante la utilización o empleo de cualquier formalismo o ritualismo de carácter procesal.

El método empleado en la investigación, es el de una monografía de corte documental, a nivel descriptivo, donde se espera obtener un resultado que pueda servir de ilustración y complemento teórico de todos los instrumentos, textos y jurisprudencias que permitan un pleno desarrollo y materialización, de la institución del objeto de la prueba en atención a las normas jurídicas, para ello se realizó un estudio de los diferentes criterios aplicados en la materia, de conformidad con los principios contenidos en la doctrina de la protección integral, lo que permite desarrollar la actividad probatoria, y atender al objeto de la prueba, sin considerar al ritualismo de las formas no esenciales.

Igualmente, se propende abordar los criterios establecidos sobre el particular, y ampliar los mismos, consolidando la relación entre el objeto de la prueba judicial en materia de niños, niñas y adolescentes, las normas jurídicas constitucionales y legales

al respecto. En este mismo sentido, esta investigación permitirá reafirmar la aseveración relativa a que, por tratarse de una materia especialísima, puede prescindirse de señalar el objeto de la prueba atendiendo al interés superior del niño; para ello, se determinarán diferencias y similitudes con el objeto de la prueba en materia de procedimiento civil ordinario, y se construirá, teóricamente, las bases jurídicas para entender la realidad procesal en materia de niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, este estudio beneficiará directamente a los justiciables, quienes en el conocimiento y/o utilización del objeto de la prueba en materia de niños, niñas y adolescentes frente a las normas jurídicas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, encontrarán mayor libertad de acción para argumentar sus pretensiones. De igual manera resulta oportuno este estudio para los litigantes, por cuanto en la actualidad, se presenta una gran confusión en el ejercicio profesional para quienes litigan, en especial, lo atinente al momento de encuadrar los hechos dentro de una normativa estrictamente procesal, y cumplir con la exigencia del objeto de la prueba.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, al determinar diferencias y similitudes del objeto de la prueba en las disciplinas antes referidas, tanto los litigantes como los justiciables, podrán acercarse a obtener las motivaciones suficientes para apartarse de la mención del objeto de la prueba, sin que ello tenga como consecuencia directa la declaratoria de su inadmisibilidad.

En este mismo sentido, el resultado de la investigación tendrá una aplicación práctica y concreta sobre la realidad que se ventila, coadyuvando al conocimiento del objeto de la prueba, y en donde se encuentren involucrados los derechos de algún niño, niña y/o adolescente, sirviendo así, gratamente, de apoyo para aquellas situaciones en que deba determinarse que conviene al interés superior del niño, niña y/o adolescente involucrado.

CAPÍTULO I

**INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS ESPECIALES EMANADOS DE LA
LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES Y LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO CIVIL**

Si bien es cierto que en un principio, la materia de menores (*ahora niños, niñas y adolescentes*) se encontraba intrínsecamente relacionada a la materia civil, tampoco es menos que cierto que las últimas tendencias han evolucionado hacia la especialización de este derecho. En un principio esto parecía algo confuso y poco apropiado, pero a través del tiempo y con el histórico acontecimiento de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989), se abrieron los caminos instrumentales para lograr la individualización del derecho de familia.

En tiempos no muy lejanos, no se concebía al menor (*ahora niños, niñas y adolescentes*) como un ser que tuviera derechos especiales, al contrario, anterior a la implementación de la Doctrina Integral de Protección y a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el menor era concebido “civilizadamente” como una cosa o pequeña cosa en la Ley Tutelar de Menores (LTM, 1.980), normativa legal que en su período de vigencia atendía más a resultar sancionadora que protectora, y por tal razón entró en un completo desfase tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Ley Tutelar de Menores, en el tiempo de su vigencia, fue consagrada con un espíritu peyorativo, y que para la época se consideraba como el acertado. En efecto, para aquél momento de su aplicación, se veía como correcto y acertado que el “supremo” **-interés del menor -** estaba destinado a disciplinarlos de manera severa y/o que el castigo físico era la solución más acorde para pretender una corrección efectiva; ahora, bajo la nueva arista de la Doctrina de la Protección Integral, juega un papel determinante la disminución o desaparición de este carácter represivo que ostentaba la derogada ley, fundamental además, para el transcurso de la fase probatoria: ahora los niños, niñas y adolescentes no serán objeto de decisiones arbitrarias fundadas en pruebas que no tomaron en cuenta sus derechos fundamentales, ahora los niños, niñas y adolescentes tienen participación activa, pues en la actualidad es un derecho fundamental opinar y ser oídos; y tienen derecho a un debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Ciertamente, aunque el objeto de la prueba no es una noción procesal nueva en el Derecho de Familia, porque no se discute que los alegatos objeto del debate formulado por las partes deban ser probados ante el juez, ahora si entran en juego diversos factores novedosos que determinarán aún más la convicción de los ciudadanos jueces y juezas, quienes además de conocer las afirmaciones y los hechos invocados por los justiciables, deben velar por el cumplimiento de los siguientes principios, a saber: el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, los amplios

poderes de conducción del Juez o Jueza, la búsqueda de la primacía de la realidad de los hechos, y conceptualizar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

Significa entonces que la diferencia notoria actual que existe entre ambas materias, (*la ordinaria civil y la protección de niños y adolescentes*) no estriba en los principios procesales propiamente dichos, pues a pesar de la consecuente ausencia de una reforma actual al Código de Procedimiento Civil (CPC, 1987), el mismo se ha mantenido en el tiempo. Entender esto en un principio nos ayuda a entrever que en la materia de niños, niñas y adolescentes, su carácter “*sui generis*” viene determinado por los sujetos protegidos, mientras que la norma civil parece regular las gélidas situaciones jurídicas entre personas mayores de edad, en situación de igualdad en la relación jurídico procesal con que se presentan en juicio; diferente a la norma especial que está destinada a proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Fundamentalmente por ello, la norma especial, en concordancia con la Doctrina de la Protección Integral, se orienta a resguardar y otorgarle herramientas verdaderas a los ciudadanos juzgadores para emplear esa acción, así como consagrar la participación activa de la sociedad, que ahora no debe ver el problema de la infancia con ojos de indiferencia, sino al contrario, debe participar activamente para la formación y el resguardo de la integridad moral, psíquica y emocional del sujeto protegido.

Es evidente entonces, la importancia de comprender la evolución progresiva en lo atinente a la forma de valoración de los medios probatorios en ambas materias. La

primera materia (*ordinaria civil*) utiliza un sistema rígido de tarifa legal, la segunda (*protección de niños, niñas y adolescentes*) se sujeta a los postulados de la libre convicción razonada; esta circunstancia, viene a ser influyente en la decisión del Juez, pues aunque ambas partes conduzcan o efectúen ciertas afirmaciones en el derecho de familia, la problemática viene dada cuando se realiza la promoción de los medios probatorios, los cuales no son más que aquellos instrumentos legales que tienen las partes para sustentar sus afirmaciones y darlas a conocer en el proceso.

En efecto, determinante es que en una materia especial y novedosa como la de niños, niñas y adolescentes, no sólo se consagren nuevos postulados de carácter probatorio, sino que además, se desarrollen también nuevos principios rectores que influyan en la convicción del Juez o Jueza Especial al momento de proferir un fallo, pues el Juez o Jueza de Protección no sólo debe velar por la integridad de las familias en conflicto, sino que también, debe ser el principal garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados, como anteriormente se ha mencionado.

Esto hace que en la actualidad, se haga urgente el desarrollo legal de unos postulados procesales expresos en la materia de protección -y en especial a la actividad probatoria-, y se den a conocer los que por vía jurisprudencial o doctrinal, son aplicables en la actualidad, pues muchas veces ante el vacío legal de la norma especial, debe recurrirse a lo dispuesto en la ley adjetiva civil, lo que en oportunidad ocasiona inexorables confusiones (*por desconocimiento o aplicación mecánica de*

una solución jurídica) que transgiversan o menoscaban los derechos fundamentales observados en la ley especial; a modo de aclaratoria podemos ver como la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en sus artículos 178 y 451, observa la utilización de principios inspirados para el uso de la aplicación supletoria de las normas contenidas en la materia civil ordinaria:

Art. 178. “Los jueces conocerán de los distintos asuntos y de los recursos, conforme al procedimiento que, en cada caso, prevé esta Ley y, en su defecto, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.”.

Art. 451. “Se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en cuanto no se opongan a las aquí previstas. Cuando se trate de asuntos laborales se aplicará supletoriamente la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo.”.

En la actualidad pareciera que el derecho procesal de la materia de protección de niños, niñas y adolescentes, sonaría como un experimento descabellado e inclusive una institución no consagrada bajo los supuestos de una autonomía funcional, lo que siempre conlleva a que muchas veces en la aplicación de la resaltada supletoriedad o vacío legal, se pretendan aplicar estrictamente los principios procesales, sin obedecer o razonar si éstos son contraproducentes o complacientes sobre la base de la Doctrina de la Protección Integral.

CAPÍTULO II

DERECHO A PROBAR

Se conceptualiza como un derecho subjetivo que se materializa en un acto de voluntad que ejecutan las partes al traer al proceso los elementos que verifican la comprobación de sus alegatos o que desvirtúan las pretensiones de su adversario, de manera que la obligación del Juez o Jueza de practicar las pruebas solicitadas por las partes es generada por ese acto de voluntad, sin embargo en materia de niños, niñas y adolescentes el Juez o Jueza puede ordenar de oficio la práctica de determinadas pruebas que le permitan esclarecer la realidad de los hechos, en virtud que tiene una facultad-deber que le impone tomar la decisión más justa en resguardo de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, no obstante subsiste el derecho subjetivo que tienen las partes de solicitar las pruebas conducentes.

Observemos que el derecho de probar nace junto con el proceso, y la actividad se circunscribe a una etapa procesal destinada para ello donde las partes tienen cabida a materializar la comprobación de sus alegatos; diferenciado propiamente del derecho de acción, podemos afirmar que el derecho de probar se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la defensa, al igual que el derecho de alegar y recurrir, siendo también derechos subjetivos que están supeditados a la voluntad de las partes, en este sentido, dicho derecho no tiene un contenido de alcance ilimitado, requiere de un

orden y una armonía que permita identificar su cometido para el logro de sus fines, por lo que debe tener conducencia, pertinencia y utilidad.

El derecho subjetivo de probar, es complemento de la pretensión de las partes, de manera que si el demandado no formula alegatos distintos a los del accionante, su actividad probatoria se orienta a desvirtuar la pretensión de su contra parte, por cuanto no podrá demostrar hechos que no forman parte de la litis, salvo en materia de niño, niñas y adolescentes donde el Juez o Jueza puede considerar que las pruebas que se pretenden traer al proceso contienen elementos, que si bien son distintos a los hechos alegados, afectan la esfera jurídica del niño, niña y adolescente, de ahí la mixtura que tiene la jurisdicción especial en cuanto al derecho a probar, no sólo por considerarlo como un derecho subjetivo procesal aislado en la voluntad de las partes, sino también como un derecho material, con el rol activo del Juez o Jueza en apreciar los supuestos de hecho en todo su contexto, lo que le permitirá establecer la vinculación del derecho aplicable en base al interés superior.

Un aspecto esencial de distinción lo constituye el principio de la prueba legal en materia civil ordinaria y la libertad de los medios probatorios que dispone la jurisdicción especial de protección de niños, niñas y adolescentes, con la función probatoria del Juez o Jueza que sustituye la exigencia de la aportación de los medios de pruebas como una actividad exclusiva de las partes, en tal sentido el sistema procesal previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y

Adolescentes contempla una fase preparatoria donde no se encuentra configurada una oportunidad de promoción, oposición, admisión y evacuación de las pruebas, en esta etapa preliminar se concreta la adquisición de los elementos probatorios, para que posteriormente tenga lugar el acto oral de evacuación de pruebas, caracterizado por la más estricta concentración e inmediación judicial, donde el acto de voluntad se materializa en la incorporación de las pruebas, particularizada por establecer que no toda prueba que conste en el físico del expediente alcance el valor procesal que le es propio, para ello debe incorporarse en el acto oral, donde se garantizan los principios fundamentales del derecho probatorio tales como la contradicción, el control de la prueba, la lealtad y probidad, la formalidad y el interés público de la función de la prueba.

El derecho a la prueba viene arraigado con la pretensión y derecho de acción comprendido en la regla general que obliga al juez a dictar su decisión conforme lo alegado y probado en autos.

CAPÍTULO III

DISCREPANCIA DOCTRINARIA DE LA CONCEPCIÓN DEL OBJETO DE LA PRUEBA

Existen divergencias de los autores acerca del objeto de la prueba, la cual se encuentra centrada básicamente en dos grandes grupos, a saber, los que sostienen que en el proceso deben probarse los hechos y los que sustentan que la prueba debe recaer sobre las afirmaciones que las partes hacen de esos hechos.

Para comparar las posiciones de los principales autores sobre la materia, conviene destacar a Sentis Melendo quien adopta el criterio que se prueban son las afirmaciones, y en tal sentido señala que los hechos existen y la materia probatoria recae sobre las afirmaciones referidas a esos hechos. Las partes, enfatiza este autor, afirman lo que saben y requieren al Juez o Jueza la verificación o comprobación de sus aseveraciones. Los justiciables averiguan y afirman el resultado de esa búsqueda, el magistrado verifica.

En similar posición se ubica Carnelutti quien a partir del lenguaje común conceptualiza a la prueba como "comprobación de la verdad de una proposición, sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada", para concluir que las partes afirman y el juez comprueba.

Siguiendo el criterio, afirma Couture que probar es demostrar la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. Para este autor la prueba civil es "...comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio". Empero atenúa un tanto su afirmación al sustentar que el objeto de la prueba lo constituye el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes.

En esta línea doctrinaria se ubica también Herrero quien afirma que prueba el Juez o Jueza cuando forma convicción acerca de la probabilidad de una afirmación.

En antagónica posición a la consignada, se sostiene que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos. En tal sentido Chiovenda distingue claramente entre hechos y afirmaciones. Dice el autor citado: "Los hechos de influencia en el proceso civil deben de ordinario ser afirmados por las partes para que el juez pueda tenerlos en cuenta... tales hechos, deben, regularmente, ser probados por las partes para que puedan considerarse existentes".

En igual sentido se pronuncia Alsina, para quien los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende constituyen el objeto de la prueba; agrega que no hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Este criterio doctrinario parte de la distinción entre alegaciones, donde se invocan hechos de los hechos mismos. En el acto alegatorio las partes afirman o niegan la existencia de un hecho o la aplicabilidad de una norma jurídica. Por lo tanto la afirmación forma el núcleo objetivo de la alegación, no de la prueba.

Asimismo, señala el tratadista Devis Echandía “objeto de prueba judicial en general es todo aquello susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a éstos (costumbre y ley extranjera).

Cuestionando la tesis que considera que el objeto de la prueba lo constituyen las afirmaciones, sostiene “Si la tesis que considera las afirmaciones de la prueba en general fuera correcta, necesariamente el objeto de cada uno de los medios de prueba estaría constituido también por esas afirmaciones; pero esto es evidentemente falso, porque el objeto del testimonio, de la confesión, del dictamen de los peritos y de la inspección judicial, son los hechos narrados por el tercero y por la parte, examinados por los peritos o percibidos por el Juez o Jueza. Los testigos disponen sobre los hechos que conocen por haberlos percibidos y pueden ignorar cuáles son las afirmaciones de las partes sobre tales hechos; el Juez o Jueza puede verificar la

existencia de hechos, mediante una inspección o la recepción de testimoniales y de peritaciones, sin que haya precedido ninguna afirmación ni alegación sobre ellos.”.

Podemos concluir que los alegatos de las partes no son el necesario antecedente de la consecuencia configurada por la convicción judicial. En otras palabras, puede producirse prueba sobre hechos no alegados pero vinculados inmediatamente y directamente a la cuestión debatida. Así tenemos que la generalidad de la doctrina se inclina por aceptar los hechos como objeto de la prueba, incluyendo en ellos la ley extranjera, la costumbre y según algunos, las reglas de experiencia y los juicios que se emitan sobre los hechos.

La concepción que acepta lo afirmado como objeto de prueba tiene un enfoque parcializado de la cuestión, toda vez que centra el núcleo argumental en la actividad de las partes obviando la figura del Juez o Jueza.

Es cierto que tanto actor como demandado intentarán probar el fundamento fáctico de sus afirmaciones pero el Juez o Jueza tiene facultades suficientes para determinar la existencia y sustento de los hechos. En materia de protección de niños, niñas y adolescentes, las facultades instructoras de los jueces existen con independencia de las afirmaciones de las partes con la única limitación del "thema decidendum". Cuando las partes han determinado el alcance del litigio, queda a cargo del Juez o Jueza hacer lo necesario para el esclarecimiento de la cuestión planteada,

en búsqueda de la primacía de la realidad de los hechos y en resguardo de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Llegados a este punto podemos observar que la tesis de las afirmaciones ha quedado un tanto debilitada en su contenido; no alcanza para explicar todas las situaciones en que pueden aparecer como probados hechos que nunca fueron afirmados y excluye la figura del Juez o Jueza que siempre será un heterocompositor ajeno a los justiciables y a sus alegaciones lo cual se encuentra más enmarcado en la jurisdicción especial cuando el Juez o Jueza se aparta de las afirmaciones de las partes si los hechos tenidos como ciertos evidencian situaciones a las que debe calificar y asignarle un efecto jurídico determinado, el cual requiere aplicación en virtud de la protección integral.

CAPÍTULO IV

LOS HECHOS COMO OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL

1. La prueba de los hechos.

Como bien hemos podido concluir del estudio anterior, adoptamos la posición que predica que lo que se pretende probar son los hechos que se circunscriben a los alegatos formulados por las partes, en donde la consecuencia producto de ese hecho invocado arrojará un resultado que en definitiva debe ser valorado por el Juez o Jueza a los fines de otorgarle un determinado efecto que puede ser decisivo en las resultados del juicio. Dentro de este enfoque estructural el objeto de la prueba se encuentra referido a la comprobación del hecho en sí, sin que pueda vincularse directamente con el efecto que ella se atribuya en el juicio, ello será una tarea dentro de la función del Juez o Jueza en cuanto a la valoración para posteriormente atribuir su decisión en la cuestión de mérito sometida a su dictamen, ello puede verse enmarcado ostensiblemente en materia de protección de niños, niñas y adolescentes donde el Juez o Jueza con la certeza de los hechos invocados en los alegatos formulados por las partes, deberá enfocar su apreciación en base al interés superior de los sujetos protegidos.

2. Hechos controvertidos

Los hechos controvertidos son aquellos contenidos en los alegatos formulados por las partes y sobre los cuales no hay acuerdo, para Couture 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, en este sentido la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el Capítulo IV del Título IV, artículos 450 y siguientes, contempla el Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales donde no señala una etapa procesal destinada a la promoción, admisión, oposición y evacuación de las pruebas, pues dicha actividad probatoria tiene su comienzo desde el propio inicio de la presentación de la demanda, dado que el literal “d” del artículo 455 ejusdem, impone la carga de indicar los medios probatorios en el libelo de la demanda, dicho requisito también es de obligatorio cumplimiento para el demandado, quien deberá indicar los medios probatorios en su escrito de contestación, ello ocurre en lo que la doctrina denomina la fase preparatoria donde la actividad probatoria está orientada a recavar todas aquellas pruebas que harán valer en el Acto Oral de Evacuación de Pruebas, que ciertamente es donde efectivamente se inicia la fase probatoria, así podemos observar que no existe esa depuración previa del proceso, pues el demandante no puede inferir que hechos habrán de ser admitidos por su contraparte, así mismo puede el Juez o Jueza inaudita altera parte comenzar a ordenar la adquisición procesal de las pruebas sin que ellas puedan surtir efectos hasta tanto no sean incorporadas en el Acto Oral de Evacuación de Pruebas, de manera que observamos una diferencia en cuanto al debate probatorio civil ordinario, lo que deja ver que el Juez o Jueza de protección

tiene conocimiento de todos los hechos del juicio independientemente de los alegatos que formulen las partes.

3. Las máximas de la experiencia como objeto de prueba.

Friedrich Stein en relación a los principios o reglas de experiencia adopta la siguiente definición “Son definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se ha de juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, y que han sido dadas por la experiencia, pero que valen por sí mismas (independientes) frente a los casos particulares, de cuya observación se deducen y pretenden tener valor en relación con hechos nuevos”.

Podemos colegir de la definición anterior que las máximas de experiencias son criterios de valoración de los hechos, de carácter abstracto y general, que derivan de la experiencia común, calificados como de naturaleza técnica, ética, científica, artística, etc. En este sentido no puede confundirse con el conocimiento privado del Juez o Jueza porque de ello no se deriva una valoración absoluta para el caso concreto, sino que tal apreciación resulta de una regla aplicable de orden general, lo que no cuestiona su efecto, sin que tampoco pueda confundirse con el hecho notorio, el cual no tiene la necesidad de ser probado, sin embargo cabe la interrogante si constituye objeto de prueba, lo que si debemos afirmar es que no debe existir violación de los principios cuyo respeto exige el autor Silva Melero, a saber: “1)

prohibición de utilizar los conocimientos privados; 2) no oponerse al postulado de juzgar según lo alegado y probado; 3) no faltar a la congruencia; 4) no proceder judicialmente de oficio en el proceso; 5) no enfrentarse con el principio de que lo que no está en los autos no está en el mundo”.

Florian sostiene que las reglas o máximas de experiencias si pueden ser objeto independiente y autónomo de prueba al indicar: “De ellos (los principios de la experiencia) puede hablarse, como objeto de prueba separado y peculiar, solamente en cuanto el perito y el testigo no los empleen cuando efectúan la observación de la cosa”.

Propiamente puede derivarse que las reglas provenientes de la constitución de un hecho o circunstancia general, que consecuentemente se le atribuye un efecto en forma reiterada para él, sin atender a sus componentes específicos en la relación que pudiere guardar en un juicio en particular, es lo que en definitiva podemos denominar máximas de experiencias, ahora bien debemos enfatizar en forma categórica que el juez no tiene la obligación de aplicar la regla en forma abstracta, lo que no resulta ser un impedimento para que las partes puedan invocarlas y así hacerlas valer en juicio, todo para poder generar convicción en el juez en cuanto a su aplicación, quien además en materia de niños, niños y adolescentes conjugará todos los elementos que consten en autos a los fines de poder asimilar la certeza y la realidad de los hechos

para poder ajustar su decisión conforme a derecho y en estricto cumplimiento a la doctrina de protección integral.

4. Hechos que no se prueban.

Es un elemento indispensable en juicio tener en cuenta como se va orientar la litis, para ello hay que establecer cuáles son los hechos que van a conformar el debate probatorio, dado que el Juez o Jueza deberá tomar su decisión conforme lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o defensas, en base a argumentos de hechos no alegados ni probados. Asimismo, el Juez o Jueza en su acto de cognición debe conocer las causas que atribuyen que un hecho quede excluido de la necesidad de ser probado, aún cuando el mismo sea objeto de prueba, es decir que forme parte del *thema probandum*, y en consecuencia producir efectos en el juicio. En tal sentido, tenemos:

a) Hecho admitido.

La admisión del hecho puede darse en dos (02) formas, cuando se realiza a través de un acto volitivo en una manifestación de aceptación, se dice que la admisión se produjo en forma expresa por lo que no forma parte del controvertido, o cuando no se niega en la oportunidad procesal correspondiente, se tiene una admisión tácita o confesión. En las dos (02) circunstancias se requiere de la aptitud, y que la aceptación del hecho verse sobre materias que puedan ser disponibles por las partes, de lo

contrario el hecho necesariamente deberá ser admitido, de igual forma. En materia de niños, niñas y adolescentes la admisión del hecho no necesariamente producirá una exclusión de su análisis en el proceso, pues el Juez o Jueza deberá tomar su decisión valorando tal circunstancia en base a los demás medios probatorios producidos en el juicio.

b) Hecho imposible.

La imposibilidad del hecho, sostiene el autor Devis Echandía, “debe aparecer como algo notorio e indudablemente absurdo, de acuerdo con el concepto de expertos y no por los conocimientos personales del Juez o Jueza, 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”, tal cualidad permite afirmar que el hecho alegado per se carezca de fundamento, lo que hace su rechazo por el Juez o Jueza en forma absoluta, que puede verse calificada como en su no admisión por su carácter de impertinencia, en virtud que no podrá producir ningún efecto jurídico, sin embargo el Juez o Jueza debe ser muy cuidadoso al considerar imposible el hecho.

c) El hecho notorio.

Son aquellos hechos conocidos, que se tienen incuestionablemente como ciertos por la mayoría de las personas que integran una sociedad, en un lugar y tiempo determinado; que a su vez sea conocido por el Juez o Jueza, sobre el particular cabe especial referencia acerca de si el Juez o Jueza está facultado para hacer valer de oficio el hecho notorio como fundamento de su decisión, o necesariamente deben las partes invocarlo. Asimismo, se afirma que cuando en la mente del Juez o Jueza el hecho no es considerado como notorio deberá recurrir a la prueba ordinaria, en virtud que no podrá sacar elementos de convicción que no consten en autos, de ahí que se refiera distinguir la necesidad de probar la notoriedad en éste caso.

Una característica esencial del hecho notorio es su objetividad. Es por ello que la prueba es superflua, es decir, el conocimiento que el Juez o Jueza tiene de ellos -los hechos notorios- no le viene de su conocimiento privado, sino de la notoriedad pública o judicial que hace absurda toda duda acerca de ese hecho.

La notoriedad, en abstracto, es la cualidad que el Tribunal atribuye a un hecho en razón de su general conocimiento, como positiva o negativamente cierto, y por lo cual considera innecesaria toda prueba sobre ese hecho. Para el maestro Couture (1976, p.235) los hechos notorios son aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión.

El profesor Aroca (1998, p.86) define el hecho notorio como “aquél cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, incluyendo naturalmente al juez”. Bajo ese concepto, los hechos que el Juez o Jueza conoce, pero a título personal, y no conocidos por un determinado grupo, están sujetos a prueba, entendiendo entonces que el Juez o Jueza, no puede interponer su ciencia privada dentro del proceso.

En este sentido, a veces resulta complejo definir, para la aplicación de un caso concreto, cuando estamos en presencia de un hecho de esta naturaleza, pues aún cuando parezca muy sencilla su determinación (para efectos prácticos) presenta dificultades; sobre todo por esa afirmación de que no requiere de prueba, porque en algunos casos puede que no haya existido una divulgación suficiente de ese hecho para estimarlo como notorio, pues pudiera suceder que un hecho suscitado en un determinado lugar, quede lejos o cerca del lugar donde se encuentra el litigio.

El profesor Quijano (2001, p.100) nos refiere algunas características del hecho notorio, a saber:

- a) No se requiere que el conocimiento sea universal
- b) No se requiere que todos lo hayan presenciado, basta que esas personas de mediana cultura lo conozcan.

c) El hecho puede ser permanente o transitorio; lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan.

d) Los hechos presumidos por la ley.

El maestro Echandía (1993, p.204) señala que: "...cuando un hecho posee presunción legal, sea que es o no posible la prueba en contrario, está excluido de prueba, pues es precisamente esa la finalidad de las presunciones..."; al respecto el Código Civil en su artículo 1.397 establece que:

“Artículo 1.397: La presunción legal dispensa de toda prueba a quien la tiene a su favor...”

Más extensamente el profesor Lozano (1991, p.10) expresa que:

“La presunción está condicionada a tres elementos que unidos, van a darle su característica: el hecho conocido, el desconocido y la relación de causalidad; siendo de observar que la presunción no es una prueba, sino más bien una excepción o dispensa de ella, y lo que está fuera de la órbita de la prueba, lo son: el hecho desconocido y la relación de causalidad...” (Añadido).

En nuestra legislación positiva vigente existen varias normas que contemplan la institución de las presunciones, entre algunas podemos citar:

1) Las presunciones relativas a la filiación contenidas en los artículos 213 al 216 del Código Civil.

- 2) Las presunciones relativas a la ausencia de las personas, contenida en el artículo 418 del Código Civil.
- 3) La presunción relativa a los actos que se denominan como de comercios, contenidas, establecida en el artículo 3 del Código de Comercio.
- 4) La presunción de culpabilidad -en los accidentes viales- establecida en el artículo 55 de la Ley de Tránsito Terrestre.

Con referencia a lo anterior, podemos destacar que el Código Civil -así como otras normas especiales del ordenamiento jurídico- consagra dos (02) tipos de presunciones, a saber: las **presunciones legales** (Las cuales a su vez se subdividen en: a) presunciones **iuris et de iure** [presunciones de derecho contra las cuales no se admite prueba en contrario] y; b) presunciones **iuris tantum** [aquellas establecidas por la ley, pero que pueden rebatirse mediante argumento en contrario]) y las **presunciones hominis** (no establecidas en la ley). Son **legales** las presunciones cuando ellas devienen de una disposición especial que la Ley atribuye a ciertos actos o hechos, y son **hominis** (*También denominadas de justicia, judiciales o humanas*) cuando quedan a la prudencia del Juez o Jueza, quien debe admitirlas sólo cuando éstas sean graves, precisas y concordantes con el objeto de la prueba.

CAPÍTULO V

OBLIGACIÓN DE INDICAR EL OBJETO DE LA PRUEBA

Con puntualización sobre el objeto de la prueba en materia civil y a criterio del Magistrado Cabrera (1989, p.33 ss) -Criterio asumido por la Sala Constitucional y la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia- en la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos, debe indicar qué hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que se pretende probar, con los hechos alegados controvertidos, y por tanto, calificar o no la pertinencia o la impertinencia manifiesta. Por tratar el objeto de la prueba de afirmaciones sobre cuestiones fácticas que cursan en autos (hechos alegados en la demanda y en la contestación), al Juez o Jueza le es atribuida la calificación oficiosa de la pertinencia, medie o no oposición formal, lo que decidirá en el auto de admisión o negativa de prueba que se dicta como consecuencia de la promoción. Aun así, existen medios que pueden ser propuestos sin necesidad de señalar su objeto, tales como la confesión judicial, que se trata de provocar mediante posiciones juradas, y en el CPC de 1987, la prueba de testigos.

Sin embargo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, no está de acuerdo con la precitada doctrina sobre el objeto de la prueba. En efecto sostiene:

“No comparte esa doctrina esta Sala de Casación Social, porque observa que la norma del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, en ninguna parte establece la indicación del objeto de la prueba como requisito de validez de su promoción, e interpreta que el artículo 398 eiusdem, sólo autoriza a declarar inadmisibles las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, lo cual no es cosa que pueda considerarse derivada de la circunstancia de no indicarse en la promoción el objeto de las mismas. Por lo demás, los hechos a que pueden referirse y sobre los que pueden tener beligerancia las pruebas, quedan delimitados en el libelo y la contestación, sobre lo cual entonces estarán perfectamente al tanto las partes, excluyéndose así una posible deslealtad procesal, quedando para la sentencia definitiva el análisis y apreciación integral de las mismas y de su congruencia con el planteamiento del debate, en lo cual no estará el juzgador obligado por lo que el promovente pueda señalar que es el objeto respectivo. (Sentencia dictada en fecha 19/06/2003 en el expediente 03-029)

Ante la situación planteada, la Sala de Casación Civil -en cuanto a los deberes del Juez o Jueza en el análisis y valoración de las pruebas- ha señalado:

“...Posteriormente, la Sala complementó su doctrina con objeto de señalar que el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, ordena al juez para establecer los hechos, examinar toda cuanta prueba se haya incorporado al proceso, por lo que constituye una regla de establecimiento de los hechos, cuya violación debe denunciarse al amparo del ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil...”

CONCLUSIONES

En virtud de lo anteriormente expuesto, puede decirse que el objeto de la prueba es todo aquél hecho susceptible de ser probado o demostrado. En especial énfasis debe acotarse que, sobre esos hechos materiales o situaciones jurídicas, las partes efectuarán algunas afirmaciones a través de sus alegaciones; en síntesis, son los justiciables quienes deben aportar los elementos de convicción suficientes, que lleven al juzgador a concluir que efectivamente el hecho, sobre el cual se realizan afirmaciones, existió.

Ahora bien, si tenemos en cuenta la importancia del objeto de la prueba, también debemos acotar que, todo aquello que deba o pretenda probarse debe subsumirse dentro de un supuesto de hecho previsto en la Ley. En efecto, ambas leyes civiles (adjetiva y sustantiva) enmarcan una serie de tipos, o supuestos de hecho, en los cuales podría subsumirse la conducta de algún individuo, si ello sucede, pues inmediatamente se da inicio a la consecuencia jurídica prevista, o la obtención del derecho en reclamación.

Es así como los hechos a probar juegan un papel relevante en la materia a decidir, pues, si bien puede reclamarse algún derecho en base a un supuesto legal, ello no debe realizarse como una actividad producto del libre albedrío o la anarquía, pues cada una de las partes debe realizar sus afirmaciones y desplegar su actividad

probatoria en atención al supuesto de hecho que invoca, ceñidas, claro está, a las directrices señaladas por la norma legal y a los principios de la materia probatoria.

De igual manera podemos comentar que no todos los hechos traídos al proceso deben ser necesariamente probados, puesto que de ser así, el objeto de la prueba constituiría una actividad inagotable. Si estamos de acuerdo en que lo que se prueba en el proceso son hechos, también es necesario comprender que el fin de los mismos, tiende a fijar cuál es el objeto de la prueba, es decir, sobre qué cuestiones van a versar las afirmaciones de cada una de las partes.

Una definición aceptable de hechos, es por ejemplo la que da Rossemberg (1956, p.39) quien dice que los hechos son los acontecimientos y circunstancias concretas, determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.

No obstante a la necesidad de la prueba, y obviamente, al interés que tienen las partes de probar sus afirmaciones alegadas, hay situaciones que dentro de la fase probatoria no requieren de la práctica o empleo directo de algún medio probatorio; así tenemos por ejemplo, el caso de los hechos admitidos, el hecho notorio, el derecho vigente y las presunciones.

En una frase relevante, podemos destacar la importancia de los hechos con el objeto de la prueba: Para que un Juez o Jueza pueda proferir un fallo, necesariamente debe conocer cuales son las afirmaciones alegadas por las partes, con que pruebas pretendieron probar las alegaciones efectuadas sobre los hechos suscitados, y si tal modo de proceder, en relación al derecho de petición o reclamación de un derecho, se encuentra previsto en la norma legal. Ciertamente, en el complejo arte de sentenciar, se le exige al juzgador tener conocimiento de las afirmaciones traídas por las partes al proceso, pero tales aseveraciones no versarán sobre cualquier hecho como tal, necesariamente debe ser sobre aquellos hechos controvertidos. En este orden de ideas resalto que no puede existir un proceso de contención donde no exista una clara delimitación de los hechos controvertidos y no controvertidos, pues como nos enseña el maestro Couture (1976, p.224) esa determinación, es una función de depuración previa para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo.

El artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual no debe ser interpretado aisladamente, sirve de base constitucional para la consagración del derecho probatorio como derecho fundamental del proceso; en efecto la precitada norma señala explícitamente en su numeral primero (1ero) lo siguiente:

“... 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...” (Añadido).

Entonces se evidencia que el ánimo del Constituyente estuvo dirigido a salvaguardar los derechos humanos, inherentes al proceso, de todos los venezolanos y venezolanas, y de manera contundente, el artículo precitado enmarca la base constitucional sobre la cual deben descansar el resto de las leyes y procesos previstos en el ordenamiento jurídico positivo vigente. Con referencia a lo anterior, y en una explicación destacada sobre el derecho a la prueba en el proceso como parte del derecho a la defensa, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia n° 00325 de fecha 26/02/2002 estableció:

“...el derecho a la prueba en el proceso, forma parte del derecho a la defensa consagrado en nuestro Texto Constitucional. En efecto el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa lo siguiente (...) 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 y de contradicción de la prueba...”

Por lo tanto vemos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como ley preeminente y norma fundamental que rige la conducta y el desenvolvimiento del Estado como colectivo, no define o consagra explícitamente un significado de la palabra “**prueba**”, sin embargo, el profesor Sentis Melendo (1979,

p.13) opina: “...Si la prueba es verificación o demostración, también se entiende por prueba la acción o efecto de probar; y tendremos así la actividad probatoria y el resultado probatorio; y prueba será razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa...” (Añadido).

Lo recogido en el párrafo anterior, contiene la importancia constitucional que observa el derecho probatorio, y tras su destacada evolución, cuando al mismo se le reconoce como un derecho humano de rango constitucional. En efecto, en la imposición de antiguos sistemas de gobierno, (*monarquía, despotismo, anarquía*) no le era permitido a los ciudadanos o justiciables hacer uso de un derecho a la defensa y el poder contar con principios preestablecidos en materia probatoria, al contrario, el sistema rígido e imperante para esas distintas épocas, se basaba, literalmente, en una inquisición. El individuo o ciudadano juzgado, escasamente podía hacer uso de un **“principio de contradicción”** sobre la prueba que se utilizaba en su contra, pues en el fondo del litigio, siempre existía ya una opinión adelantada de la figura inquisitiva, o las pruebas eran tan contundentes, que no admitían o salvaguardaban opinión en contrario.

En tiempos modernos y en el marco democrático previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, influenciada por aquellos principios y valores humanos que sostienen la voluntad del Constituyente, se consagran como derechos

constitucionales el derecho a la defensa y el derecho al debido proceso. Ampliamente los dos derechos anteriormente enunciados, tocan profundamente al derecho probatorio bajo las siguientes concepciones:

1) Como ciudadanos o ciudadanas, tenemos derecho a desplegar y hacer uso de una actividad probatoria. Es importante resaltar que esta actividad debe realizarse bajo la correcta aplicación del principio de la presunción de inocencia, la instauración de un debido proceso, y la conservación de otras garantías jurídicas.

2) Si entonces los ciudadanos y ciudadanas ostentan la facultad para hacer uso de una actividad probatoria, pues ello no estará sujeto a la libre voluntad de los mismos en querer hacerse justicia por sus propias manos; es allí donde el Estado, *(quien siempre debe suceder y permanecer en el tiempo sobre las futuras generaciones)* actuando bajo la figura del imperio-poder, y como fiel servidor de la tutela judicial efectiva, norma, regula, señala y establece, las normas rectoras que servirán de base para el sistema probatorio, todo ello para que en la búsqueda de un fin común, la prueba no sea un instrumento gélido o inoperante, sino al contrario, ella sea la plena demostración de la verdad. El jurista Cabanellas (1959, p.101) destacaba el significado del aforismo latino “*Probatio est demonstrationis veritas*” [Prueba es la demostración de una verdad].

Un punto relevante en el estudio constitucional, en relación a establecer o no el objeto de la prueba, es que los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de acceder a una justicia sin formalismos inútiles (Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), pues como el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, el mismo no debe sacrificarse por excesividad o prevalecencia de los precitados formalismos (Artículo 257 ejusdem).

En este orden de ideas, diversos artículos extraídos del ordenamiento jurídico positivo venezolano, tratan en sí el objeto de la prueba como un hecho determinante de la actividad probatoria. En relación a la materia civil ordinaria, el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil nos establece las directrices a considerar para determinar la fijación de los hechos controvertidos, importantes éstos por demás al transcurso de la *litis*, en primer lugar porque ello determinará sobre cuáles hechos las partes no coinciden o manifiestan estar en absoluto desacuerdo, y en segundo lugar, ello da una orientación al juzgador de los extremos equidistantes que ambas partes sostienen.

Si bien el procedimiento civil pareciera estar orientado al esquema de un sistema acusatorio tras la instauración del principio *nemo fudex sine actore*, también es cierto que, aunque las partes sean dueñas del proceso, la figura del Juez o Jueza ostenta plenos poderes de conducción para la búsqueda de la verdad (hoy principio de primacía de la realidad) y el resguardo de las buenas costumbres (Artículos 11 y 14

del Código de Procedimiento Civil), lo que también sucede en la materia probatoria, cuando el Legislador Patrio, en una serie de artículos (401, 433, 451, 472, 501, 502, 503, 514 del Código de Procedimiento Civil) consagra principios enunciados en la base del sistema inquisitivo.

En la Ley Especial, si bien -en todos los procedimientos previstos- no se enuncia expresamente el objeto de la prueba, y se remite constantemente a las disposiciones probatorias contenidas en el Código de Procedimiento Civil, notoriamente el artículo 455, literal b), expresa la carga que se le atribuye a la parte demandante de señalar pormenorizadamente los hechos de su pretensión, así como la indicación y señalización, de los medios probatorios a utilizar.

De allí que en principio podemos observar que no existe un gran avance en materia probatoria dentro del desarrollo de la Ley Especial, cuando en forma contrapuesta si lo existe en cuanto a sus principios. Aunque de modo consciente de este obstáculo, debemos resaltar como logro la existencia de ciertas directrices que nos marcan el camino a seguir para la flexibilización de los procedimientos, tanto es así que ante la omisión de la parte a señalar los medios probatorios en una demanda de carácter contenciosa, el Juez o Jueza de Protección debe dictar un despacho saneador, (Art. 459 LOPNA) circunstancia ésta que es extraña o poco usada en la ley adjetiva procesal, y que marca una diferencia notable en cuanto a los poderes ampliados del Juez o Jueza en la conducción del proceso; todo ello sirve de base

fundamental para el desarrollo efectivo de los derechos procesales que tienen los niños y adolescentes, quienes deben ser tratados como sujetos especiales con una protección individual por parte de un juez o jueza especializado, donde el proceso no debe ser una subsunción de meros cálculos procesales, pues siempre deben prevalecer los derechos fundamentales, el interés superior, el debido proceso y la búsqueda de la verdad (principio de la primacía de la realidad).

Concatenando lo anteriormente expuesto y observando el mandato constitucional para la inutilización de los formalismos no esenciales, si consideramos y tomamos en cuenta la etimología de la palabra *formalismo*, podemos ver que esa conducta exagerada o excesiva es producto del apego al ritualismo establecido en los modelos rígidos, sobre la libertad que ostenta una persona para actuar o proceder de la manera que desee o quiera en la búsqueda de la justicia material del caso concreto; aún así, debe entenderse que en el proceso, no deben conculcarse derechos constitucionales. Dicho de otro modo: no debería entorpecerse u obstaculizarse la actividad probatoria por una práctica excesiva de ritualismos. Un ejemplo de ello, y así es la opinión sostenida por algunos juristas del derecho, sucedería si la parte promovente de la prueba no indica lo que quiere probar con la misma, el Juez o Jueza, en principio, no podrá legalmente determinar si ese medio probatorio es o no manifiestamente pertinente, en cuyo caso, como queda la duda sobre la pertinencia o impertinencia del medio ofrecido, entonces con mayor razón debe admitirse esa prueba y no inadmitirse la misma, pues su inadmisión producirá una indefensión a su promovente, en

violación no sólo del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino también de los artículos 49 y 257 *eiusdem* por la aplicación de una conducta excesivamente formal. En este contexto el Magistrado Perdomo (2002, pp. 436-437) ha opinado:

“... Por otra parte, el principio constitucional que prohíbe los formalismos y las reposiciones inútiles, y privilegia la resolución del conflicto sobre las formalidades procesales, obliga a interpretar las normas de procedimiento de la manera más favorable al efectivo ejercicio de los derechos en el juicio, sin olvidar que el fin del proceso es la resolución de la controversia, y que las necesarias garantías a las partes no pueden convertirse en obstáculo para que se alcance prontamente una sentencia de fondo...”.

¿Cuáles son las diferencias y semejanzas del objeto de la prueba en materia civil ordinaria y de niños y adolescentes?

Como primera semejanza debo aclarar que en ambas materias, el objeto de la prueba está centrado a la verificación de los hechos controvertidos, o si seguimos la corriente doctrinal de la Escuela Italiana, el objeto de la prueba es aquella **“transformación probatoria”** de las afirmaciones que cada parte realiza, sobre los hechos que están controvertidos en el proceso (**Carnelutti**); y es que precisamente el objeto de la prueba busca coadyuvar a la materialización de dos finalidades (*que en ambas materias son idénticas*): **1)** Demostrar con herramientas probatorias (*medios probatorios*) que mis afirmaciones sobre un determinado hecho son ciertas, mientras

que a la vez, pretendo desvirtuar las afirmaciones o alegaciones esbozadas por la contraparte, y **2)** llevarle al Juez o Jueza elementos de convicción que puedan ser valorados por medio de un sistema equitativo, imparcial, transparente y de reglas preestablecidas, para garantizar la igualdad jurídica de ambas partes contendidas.

Analizando un poco más lo que compone el objeto de la prueba, encontramos otra semejanza en ambas materias: **Existen hechos que no son objeto de prueba.** Y esto pareciere ser una fórmula universal, pues aunque las materias varíen y tengan principios inherentes a ellas mismas, las actitudes o conductas probatorias, o mejor dicho, las posiciones de las partes frente a las afirmaciones de los hechos controvertidos, son semejantes; las partes tienen la oportunidad, tanto en una materia como en la otra, de poder admitir los hechos, así como igualmente pueden existir en ambas los hechos notorios que están exentos de ser probados, e inclusive, por más diferencias que haya, entre una ley (*ordinaria civil*) y otra (*protección de niños, niñas y adolescentes*), ambas están exentas de ser probadas porque el derecho interno no es objeto de prueba.

Estableciendo algunas diferencias entre el objeto de la prueba en materia ordinaria civil, y en la materia de niños, niñas y adolescentes, podemos hablar del rol del Juez o Jueza frente a la verificación de los hechos controvertidos. El Juez o Jueza civil, dotado de poderes de conducción (*Relativamente nuevos en esta época, pero muy limitados*) está comprometido para decidir entre dos posiciones enfrentadas, y debe

resolver el juicio en base a los elementos de convicción que les han traído las partes; la conducta del Juez o Jueza civil, en esencia, no está prevista para ser netamente inquisitoria. En cambio, distintas circunstancias ocurren con el Juez o Jueza de Protección, quien en el ejercicio de sus funciones ostenta mayores poderes de conducción, envidiables por demás, ante cualquier Juez o Jueza civil ordinario; a modo de ejemplo, vemos que escasos artículos en la norma adjetiva civil permiten al Juez o Jueza ordinario, asumir una posición activa en el proceso en lo atinente a las pruebas, para esclarecer algunos hechos que aún no aparezcan en los autos con una claridad suficiente (*Art. 401 y 514 CPC*) para decidirlos. A diferencia del Juez o Jueza civil, el Juez o Jueza de protección ostenta magnos poderes (*cautelares, probatorios y hasta para el inicio de procesos*) por la naturaleza de su tutela jurisdiccional, la cual está orientada a indagar, inquirir y analizar todos los hechos que sean relevantes para la resolución de un procedimiento, o que inclusive, sean determinantes para dar motivo al inicio de otro, en aras de conquistar la defensa integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

En el marco de las consideraciones anteriores, es válido afirmar que como una diferencia clara, atinente al objeto de prueba, es que mientras en la materia ordinaria civil dicho objeto está a disposición de las partes, y lo que se busca probar es lo afirmado por aquéllos, en la materia de niños, niñas y adolescentes las actividades de las partes, aunque estén en conflicto, serán analizadas por el Juez o Jueza para lograr el bienestar de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, e inclusive no basta

solamente que las partes asuman una determinada posición probatoria para “ganar” un litigio, pues será la suma concurrente de las pruebas, más los principios especiales de la materia, los que influyan en la decisión que el prudente arbitrio del Juez o Jueza considere. Ello va en sintonía con la especialidad de la materia, pues es muy distinto decidir sobre simples cobros de bolívares, o pretensiones estimables en dinero, que tomar decisiones que influyen en el crecimiento y formación de un infante, ya que sin ánimos de desacreditar la importancia de las decisiones de los jueces civiles, las decisiones que se dictan en la materia especial (*niños, niñas y adolescentes*) tienen un corte eminentemente social, y contribuyen, a la resolución de conflictos familiares sumamente delicados, buscando lograr la sana solución de los problemas que afectan a esa institución fundamental que compone nuestra sociedad, que hoy esta constituida de diversas formas.

¿Cómo influyen los hechos en la identificación del objeto de la prueba en la materia de niños y adolescentes?

Influyen activamente y son necesarios. Como se expresó en las ideas principales, no es que la especialidad de la materia signifique el desconocimiento de los principios fundamentales de la materia probatoria, aunque sea cierto que en ambas materias existen evidentes diferencias entre los procedimientos, las formas de promoción y evacuación de las probanzas, y la normativa que rige la conducta de las partes y el

juez en relación a las pruebas, ello no quiere significar que los hechos carezcan o dejen de tener importancia en la materia de niños, niñas y adolescentes.

Cabe acotar que la materia de niños, niñas y adolescentes, en si misma, está llena de exquisitos principios que de modo alguno influyen en la determinación del objeto de la prueba; mientras que las normas civiles son delicadas con asomar los requisitos para la procedencia de una pretensión, en modo alguno la materia de niños, niñas y adolescentes no es celosa en ello, ya que estructuralmente está diseñada para ser una norma *“por todos entendible, aunque no a todos aplicada”*. Y ello considero que debe ser así, porque cuando la constitución reconoce la distinción de una protección judicial especial para los niños, niñas y adolescentes, ello no solo debe entenderse desde el otorgamiento de un espacio físico distinto o de tribunales especializados: Entender la especialidad de esta materia, es comprender que ciertas formas procesales son distintas en atención a los sujetos protegidos por la legislación especial.

Notorio es el hecho que la materia de niños, niñas y adolescentes, en modo alguno, relaja los hechos controvertidos pues esa dualidad de defensa-reconocimiento de derechos, origina que muchas veces la misma ley de por sentado cuales hechos son relevantes para identificar al objeto de la prueba, y da poco margen de discrecionalidad a las partes, para emplear tácticas que pudieren resultar dilatorias. Cuando hablamos de la especialidad de la materia, en ello conseguimos vastos ejemplos en la materia de protección de niños, niñas y adolescentes, tomemos por

ejemplo a la institución de la obligación de manutención; la misma norma establece que semejante institución constituye un derecho inalienable e irrenunciable de todo niño, niña y adolescente, frente a las personas obligadas a ello, y por ejemplo en esta institución, vemos que la especialidad de la norma radica en el reconocimiento de ese derecho de modo directo (*Lo que es igual a aseverar que para la fijación de una obligación de manutención, no es necesario demostrar la necesidad o pertinencia de la misma, es que ésta es un derecho y como tal ya es reconocido per se por la norma*). Si realizáramos un breve análisis de la influencia de los hechos sobre la identificación del objeto de la prueba (*en lo atinente a la obligación de manutención*), podemos ver que ya los mismos no van a radicar sobre el reconocimiento o no del derecho a la obligación de manutención, ahora versarán sobre la capacidad económica del obligado alimentario, y la verdadera necesidad de gastos del beneficiario. Obviamente, hay muchas diferencias procesales que inciden notoriamente en la identificación de los hechos, ya que como es sabido en la materia de niños, niñas y adolescentes, el ciudadano Juez o Jueza ostenta plenos poderes para indagar sobre la capacidad económica del demandado; ello es una posición avanzada que quizás no resulte fácil entender, pues aunque la misma parte actora no logre probar los extremos necesarios para sustentar su pretensión, el Juez o Jueza está facultado para indagar y establecer cual es la verdadera necesidad del niño, niña y adolescente involucrado, en apego al principio de la primacía de la realidad de los hechos. En este ejemplo vemos que el objeto de la prueba es necesario, existe palpablemente, pero la forma en como quedan probadas las afirmaciones, y el como

inciden los hechos en la determinación del objeto de la prueba, son cosas totalmente diferentes, pues en esta materia juegan un especial papel el carácter de orden público de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, su interés superior, las probanzas traídas a los autos, los poderes de dirección de los ciudadanos jueces, la amplitud de los medios probatorios, el principio de inmediación, las prerrogativas de ley concedidas a los sujetos protegidos y los nuevos procedimientos especiales.

¿Debe necesariamente declararse la inadmisibilidad del medio probatorio ofrecido, cuando la parte promovente no indique la utilidad del mismo, o no señale el objeto de dicha prueba?

No debería decretarse la inadmisibilidad del medio probatorio. En realidad, este ha sido un punto de discusión muy contendido por los maestros y juristas que componen a la doctrina nacional venezolana, ya que en general se han distinguido dos (02) corrientes: aquellos que apoyan la posición que si debería decretarse la inadmisibilidad del medio, y los que consideran que tal conducta es eminentemente contradictoria a los postulados de la libertad probatoria que tienen las partes. Bajo estas aristas yuxtapuestas, la solución está en acudir al derecho constitucional, que como norma rectora, es la fuente primigenia de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Para realizar un recuento de ambas posiciones, había sido criterio reiterado de muchos tribunales de la República, siguiendo tanto a la Doctrina nacional más excelsa encabezada por el Magistrado **Dr. JESUS EDUARDO CABRERA** y las decisiones de la Sala Plena y de la Sala Constitucional, que obligaban a que el promovente presente el medio probatorio dentro del proceso, indicando cuál era el objeto en relación a la trabazón de la litis y explicar cual era motivo para que ese medio de prueba sirviera como argumento probatorio a la motiva del fallo. Sin embargo, la Sala Constitucional en Sentencia de fecha 14 de Abril del año 2.005, (J. Hurtado y Otros en acción de amparo) en su sentencia N° 513 con ponencia del Magistrado **Dr. FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ**, había alertado sobre que: *“...la sanción de inadmisión del medio probatorio como consecuencia de no haberse señalado su objeto, luce excesivo, pues el Juez puede, en la definitiva y a la hora de examinar las pruebas aportadas, evaluar la utilidad, pertinencia y licitud de los medios de convicción utilizado por las partes...”*. Haciendo alusión al derecho comparado, la doctrina del Tribunal Constitucional Español, a través de su sentencia N° 93 proferida en fecha ocho (08) de noviembre del año mil novecientos ochenta y tres (1983), citada por el constitucionalista español **RAFAEL SARAZA JIMENA** (*Doctrina Constitucional Aplicable en materia Civil y Procesal Civil*. Editorial Civitas S.A. 1.994) expone: *“...imponer requisitos o consecuencias impeditivas, obstaculizadora, ilimitativa o disuasorias del ejercicio del acceso a las pruebas sino existe previsión legal de las mismas supondrían manifiestamente, una negativa al Derecho a la Defensa y a la satisfacción del*

derecho a la Tutela Judicial”. Tal criterio viene siendo ratificado por la doctrina española, específicamente por el constitucionalista **JOAN PICÓ I JUNOY**, al establecer que: “...*en todo proceso debe respetarse el Derecho a la Defensa contradictoria de las partes contendientes, a quienes debe dársele la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos...*”.

RECOMENDACIONES

Cada vez más la eficacia del dispositivo en materia probatoria, contenido en nuestra legislación, partiendo de la base esencial como lo es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deja al descubierto la imperiosa necesidad de articular esfuerzos que, de alguna manera coadyuven en la *unificación de criterios* en la muy diversa y hasta engorrosa normativa que regula el tema de las probanzas en nuestro procedimiento judicial.

En este sentido, cabe señalar que tratándose de una multiplicidad de escenarios dentro de los cuales participan diferentes actores, los cuales describirán- *el qué, el cómo, el cuándo y el por qué?*- de esos múltiples escenarios, no cabe duda que necesario se hace realizar una profunda revisión de nuestro procedimiento en lo tocante a la materia probatoria, con miras a unificar criterios, que nos sirvan de ayuda para que en un futuro próximo, podamos contar con una administración de justicia donde de la optimización se redunde en eficiencia, lo que a la postre se traduciría en beneficios para los justiciables.

Hechas las consideraciones antes referidas, recomendable sería para un mejor y óptimo funcionamiento de nuestro sistema de justicia; un sistema probatorio que pudiera aplicarse universalmente, un sistema probatorio eficaz, que pudiera tener más

en cuenta las necesidades de los justiciables, como por ejemplo en esta materia tan especialísima y eminentemente social, como lo es la materia de protección de niños, niñas y adolescentes; y no la rigidez procesal ni los formalismos inútiles, que son de alguna manera los causantes de que hoy día la justicia no se haga efectiva sobre aquellas personas que más lo necesitan, tal como lo preceptúa nuestra Magna Carta en su artículo 49, del *debido proceso*.

Ahora bien, retrotrayendo lo antes mencionado y, adentrándonos en el tema principal de esta investigación académica, como lo es *el objeto de la prueba en materia de niños, niñas y adolescentes*, debemos partir de una serie de principios consagrados constitucionalmente y otros plasmados en la ley especial que rige la materia y, que aplicados conjuntamente, necesariamente deben tener prevalencia, aún por encima de los formalismos y la rigidez procesal que existen en materia probatoria y de los cuales está constituido nuestro procedimiento judicial.

En consecuencia, bien pudiera aplicarse en materia probatoria, el principio constitucional de Protección Integral, recogido por la Doctrina, preceptuado y desarrollado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y, de esta manera dejar de lado los paradigmas procesales, los cuales no están actualizados a la dinámica social en la cual estamos inmersos en estos tiempos del Interés Superior del Niño, y por el contrario, atendiendo a estos principios, tratar de

humanizar la justicia, que en este caso en particular, afecta a un segmento tan especial e importante de nuestra sociedad, como lo es el de *Niños, Niñas y Adolescentes*.

Definitivamente existen las bases jurídicas como para que en un futuro próximo, pudiera pensarse en la unificación de criterios en materia probatoria y especialmente donde se toquen intereses de los niños, niñas y adolescentes, y así de alguna manera coadyuvar en la consecución del fin último de la Ley, que por sobre todos las circunstancias debe ser la primacía de la realidad de los hechos, por encima de las formas procesales para alcanzar la justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bello, L. (1991). *La prueba y su técnica*. Caracas: Mobil-Libros.
- Cabrera, J. (1989). *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. Caracas: Editorial Alva
- Calamandrei, P. (1973). *Derecho procesal civil 3*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Calvo, B. (1990). *Código de procedimiento civil*. Caracas: Libra.
- Chiovenda, J. (1977). *Principios de derecho procesal civil*. (II Tomos). Madrid: Reus.
- Couture, E. (1976). *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Desalma.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). *Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Devis Echandía, H. (1993). *Teoría general de la prueba judicial*, (8va. Edición, Tomo I y II). Medellín: DIKE.
- Devis Echandía, H. (1994). *Compendio de derecho procesal*, (8va. Edición, Tomo I y II). Medellín: DIKE.
- Gilberto, G. (2005). El objeto de la prueba judicial civil y su alegación. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. (Colección de Estudios Jurídicos, Nro. 11).
- Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño. (1990). *Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 34.541 (Extraordinario), Agosto 29 de 1990.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (1998). *Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.266 (Extraordinario), Octubre 02 de 1998.
- Parra Q., J. (2001). *Tratado de la prueba judicial: Indicios y presunciones*. Bogotá: Librería del Profesional.

Perdomo, J. (2002). *Revista de Derecho N° 6*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia

Ricardo, H. (2005). *Instituciones de derecho procesal venezolano*. Caracas: Liber.

Rodrigo, R. (2006). *Las pruebas en el derecho venezolano* (4ta. Ed.). Barquisimeto: Jurídicas Rincón.

Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEa.

Sentís, M. (1990). *La prueba*. Buenos Aires: EJEa.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.