REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD DEL ZULIA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS PARA GRADUADOS
ESPECIALIDAD: DERECHO PROCESAL CIVIL

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TACHA DE DOCUMENTOS

Trabajo presentado como requisito para optar al Grado de Magíster Scientiarum en Derecho Procesal Civil

Autor: Alexandra Lia Govea G.

CI. 12.405.945

Tutor: Antonio Fermín Reyes

Maracaibo; Octubre de 2005

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TACHA DE DOCUMENTOS

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TACHA DE DOCUMENTOS

AUTOR

NOMBRES: Alexandra

APELLIDOS: Govea

C.I.: 12.405.945

DIRECCIÓN: Urb. Valle Claro. Calle 82A # 69A-120

TELÉFONOS: 0414 – 6111818

0261 - 7555549

FIRMA: _____

TUTOR

NOMBRE: Antonio

APELLIDO: Fermín Reyes

FIRMA: _____

VEREDICTO

Los suscritos, Dr. (Coordinador),

titular de la Cédula Identidad N.- , Dr.

titular de la Cédula de Identidad N.-

y Dr. Titular de la Cédula de Identidad Nº-

Designados previamente por el Consejo Técnico de la División de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, en su sesión ordinaria del , siendo el día y hora fijados. Se constituyeron como jurado a fin de discutir el trabajo de Grado del Programa de Maestría en Derecho Procesal Civil, intitulada: LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA TACHA DE DOCUMENTOS perteneciente a la Abogada Alexandra Lia Govea G, titular de la Cédula de Identidad 12.405.445, para optar al título de MAGISTER SCIENTIARUM EN DERECHO PROCESAL CIVIL. Efectuada la discusión del referido Trabajo de Grado, en la forma y términos de Ley, el jurado, sin hacerse solidario de las ideas expuestas por su autora, le imparte su APROBACION y la califica con una nota de ( ) puntos.. Maracaibo, a los días del mes de _____ de 2005

_____

Dr.

Coordinador de jurado

_____ _____

Dr. Dr.

Miembro Miembro

DEDICATORIA

Con inmenso cariño a esos seres especiales, que gracias a su afecto y apoyo me han motivado para que hiciera realidad esta meta:

A mi madre, Silfa Govea, de la que estoy segura que desde el cielo derrama lágrimas de alegría y bendiciones por mis éxitos.

A mi padre, Hugo Govea, que en todo momento me ha brindado su apoyo y alegría.

A mi esposo, Julio López, que en mi vida ha sido algo bello y entusiasta, brindándome su apoyo y cariño.

Y a mi hija, Luisa Karina López Govea, quien representa el norte de mi vida y de mi familia.

AGRADECIMIENTO

A Dios Nuestro Señor, por haberme indicado el momento preciso para alcanzar mi meta.
A mi tutor, Dr. Antonio Fermín, por su invalorable ayuda y orientación.
A mi esposo, por haber estado en todo momento dispuesto a apoyarme para que hiciere posible ésta realidad.

Alexandra Govea. **La Carga de la Prueba en la Tacha de Documentos.** Trabajo presentado como requisito para optar al Grado de Magíster Scientiarum en Derecho Procesal Civil. Universidad del Zulia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Maracaibo, Estado Zulia. Junio, 2005. (p.224).

RESUMEN

La carga de la prueba le indica al Juez como debe dictar sentencia de fondo. En la tacha documental se enerva el documento presentado por una de las partes. Esta investigación es de tipo descriptiva, con diseño documental – bibliográfico. Se utilizó el método de la observación, el análisis y la síntesis. Por otra parte están las pruebas instrumentales las cuales no son más que medios probatorios cuyo fin es acreditar los hechos controvertidos valiéndose de un documento preconstituido; su importancia se deduce en su frecuencia y su carácter. Estas prueba documentales cuando entran a juicio pueden ser impugnados o tachados por algunas de las partes. La tacha de instrumento es un acto del proceso mediante el cual se ataca alguna prueba presentada por alguno de los litigantes. La tacha se puede dar en instrumentos públicos y privados. La tacha del documento público consiste en alegar un motivo para desestimarlo, principalmente cuando existe falsedad del mismo; la tacha del documento privado, puede hacerse cuando este sea reconocido por la parte que se opone. El objetivo principal de este trabajo de investigación se orienta en analizar la carga de la prueba en la tacha de documentos; el fundamento de ésta descansa en una regla de equidad proveniente de la consideración de que litigando ambas partes, se les concede la misma oportunidad para su defensa. Como conclusión general se puede decir que la carga de la prueba en la tacha de documentos no es más que la posición procesal que adoptan las partes de acuerdo a específico interés que adoptan en juicio. Mientras que la tacha documental es el acto del proceso donde alguno de los litigantes ataca o impugna la prueba. Las recomendaciones se dirigen en el respeto y garantías procesales que debe existir en juicio.

Palabras Claves: carga de la prueba, sentencia de fondo, tacha de documentos, pruebas instrumentales, tacha de instrumento, instrumentos públicos y privados.

Alexandra Govea. **La Carga de la Prueba en la Tacha de Documentos.** Trabajo presentado como requisito para optar al Grado de Magíster Scientiarum en Derecho Procesal Civil. Universidad del Zulia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Maracaibo, Estado Zulia Junio, 2005. p. (224).

ABSTRAC

The load of the test indicates the Judge like it should dictate bottom sentence. In the documental flaw the document is enervated presented by one of the parts. This investigation is of descriptive type, with documental design - bibliographical. It was used the method of the observation, the analysis and the synthesis. On the other hand they are the instrumental tests which are not more than probatory means whose end is to credit the controversial facts being been worth of a document preconstituido; their importance is deduced in its frequency and its character. These prove documental when they enter in opinion they can be refuted or crossed out by some of the parts. The instrument flaw is an act of the process by means of which some test is attacked presented by some of the litigants. The flaw one can give in public and private instruments. The flaw of the public document consists on alleging a reason to underrate it, mainly when falsehood of the same one exists; the flaw of the private document, it can be made when this it is recognized by the part that is opposed. The main objective of this investigation work is guided in analyzing the load of the test in the flaw of documents; the foundation of this rests in a rule of justness coming from the consideration that contesting both parts, they are granted the same opportunity for its defense. As general conclusion one can say that the load of the test in the flaw of documents is not more than the procedural position that you/they adopt the parts according to specific interest that you/they adopt in trial. While the documental flaw is the act of the process where some of the litigants attacks or it refutes the test. The recommendations go in the respect and procedural guarantees that it should exist in trial.

Key words: it loads of the test, bottom sentence, flaw of documents, instrumental tests, it crosses out of instrument, public and private instruments.

INDICE GENERAL

pp.

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

CAPITULOS

1. LA CARGA DE LA PUEBA. CONCEPTO, FINALIDAD Y REGLA

1.1 Concepto, Objeto y Finalidad de la Carga de la Prueba…… 4

1.2 Fundamentación de la Carga de la Prueba…… 27

1.3 Regla sobre la Carga de la Prueba…….. 33

1.4 Las Prueba en el Derecho Procesal Civil Venezolano…….. 41

2. NATURALEZA Y DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

2.1 Naturaleza de la Distribución de la Carga de la Prueba…… 49

2.2 Distribución de la Carga de la Prueba…….. 54

2.3 El Juez Frente a la Prueba en el Derecho Procesal Civil Venezolano… 62

2.4 El Onus Probandi en el Derecho Procesal Civil Venezolano…….. 66

3. PRINCIPIOS Y HECHOS DETERMINANTES QUE ORIENTAN LA CARGA DE LA PRUEBA

3.1 Principios Básicos que Orientan la Carga de la Prueba……72
3.2 Hechos Determinantes de la Carga de la Prueba…….. 79
3.3 Intervención del Juez en la Carga de la Prueba……. 84
3.4 Importancia de la Carga de Prueba en el Procedimiento Civil……. 92
3.5 El Principio de las Cargas Dinámicas de la Prueba…….. 95
3.6 Las Cargas Dinámicas de la Prueba en el Derecho Procesal Civil Venezolano……. 99

4. ASPECTOS GENERALES DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

4.1 Documentos o Instrumentos……. 101
4.2 Prueba Instrumental. Definición……... 103
4.3 Documento y Prueba Documental……... 106
4.3.1 Principios que Rigen la Prueba Documental…….. 111
4.3.2 Fuerza Probatoria de los Documentos……. 114
4.4 Documentos Públicos……... 121
4.4.1 Valor Probatorio de los Documentos Públicos……... 124
4.5 Documentos Privados…….. 126
4.5.1 Valor Probatorio de los Documentos Privados…….. 131
4.6 Documento Informático o Electrónico……. 134
4.6.1 Valor Probatorio de los Documentos Informáticos……..... 137
4.7 El Documento como Medio de Prueba y su Tacha en el Procedimiento……142

5. LA TACHA COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN

5.1 La Tacha. Concepto…… 148
5.2 Tacha de los Instrumentos Públicos y Privados…… 150
5.3 Tacha de los Instrumentos Informáticos o Electrónicos…… 159
5.4 La Impugnación y sus Procedimiento Alternativos…… 161

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones…… 171
6.2 Recomendaciones…….. 174

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS……... 176
ÍNDICE DE FUENTES DOCUMENTALES…… 178
ÍNDICE ANALÍTICO…….. 181
ÍNDICE ONOMÁSTICO…… 183

ANEXOS…… 184

INTRODUCCIÓN

La función que cumple la prueba tanto en el proceso como en el campo, de la doctrina del derecho reviste de gran importancia. Cuando se desea demostrar un hecho, esto no es un simple acto de demostración; sino que su importancia llega mucho mas allá, porque se trata de un acto necesario para la afirmación de los hechos fundamentales de la pretensión, para que el ejercicio del derecho de acción redunde en una sentencia o una decisión acorde con los postulados de justicia y equidad, es decir, una sentencia favorable cumpliendo con los presupuestos procesales y materiales para que podamos hablar de una sentencia de fondo.

No obstante, la existencia de aquellos derechos constituye una posibilidad de que esos actos se traduzcan en una carga procesal que de no ejercitarse le puede ocasionar a la parte consecuencias adversas, aún cuando no sea obligatorio su ejercicio. Por tal razón, existe carga procesal de recurrir y de probar, sin embargo recordando que la parte tiene indudablemente un derecho subjetivo para ejecutar estos actos en el proceso.

Por consiguiente la actividad de los interesados es siempre voluntaria, puesto que de tratarse de una obligación, tendría que existir correlativamente un derecho, sea en el juez o en la parte contraria para exigir el cumplimiento de la carga a quien resulta gravado con ella, lo que se considera un absurdo, la circunstancia de que las partes procesales deban cumplir con su respectiva carga dentro del plazo y forma prescrita por la ley, no significa que exista la obligación de hacerlo.

El legislador patrio en el campo de derecho probatorio permite la entrada al proceso de cualquier prueba conducente a demostrar los hechos controvertidos en el mismo, siempre que estos medios de prueba no estén

prohibidos en la ley. La presencia de los instrumentos probatorios y su capacidad de transportar hechos al proceso a logrado que las pruebas sean consideradas un medio de transporte donde se demuestra la veracidad o la verdad de la cosa en litigio, es importante considerar que entre el proceso y la prueba debe existir un vínculo que permita la posibilidad de acceso a la fines de la demostración de los hechos alegados, lo cual constituye la teoría de los medios probatorios.

En este caso se trata de la prueba documental y la forma de cómo esta puede tacharse cuando una de las partes intervinientes en el proceso así lo considere. La prueba documental es un soporte que debe ser estudiado en forma conjunta de todas las formalidades de este tipo de prueba, considerando el derechos como un conjunto de normas que regula la conducta humana de una sociedad y como tal le corresponde a los administradores de justicia velar por que el tipo de prueba presentado este enmarcada dentro de la legalidad y la licitud. La prueba documental es un medio de prueba de la que pueden valerse las partes para demostrar la veracidad de un hecho. Dentro de estas pueden incluirse los documentos públicos, privados y hoy con el adelanto de la tecnología lo documentos informáticos.

Es importante considerar la carga de la prueba en la tacha de documentos, la cual viene a significar un recurso para demostrar la falta de autenticidad o la falsedad de un documento; pueden considerarse dentro de estas la tacha instrumental, la simulación, la prueba del contenido y el desconocimiento de los documentos privados. Tanto el Código Civil como el Código de procedimiento Civil venezolano contempla lo referente a la tacha de documentos, tanto públicos como privados lo que indica que para tachar un documento debe acogerse estrictamente la ley porque las causales de tacha son taxativas.

En esta investigación, de tipo documental; en su primera fase se elaboró un esquema de trabajo contentivo de los principios básicos del régimen probatorio y la forma de impugnar o tachar la prueba documental, que no es más que la aplicabilidad de una norma legal que permita realizar este acto en el desarrollo del proceso. La elaboración del esquema se orientó siguiendo los criterios de autores venezolanos y extranjeros que asoman diferentes opiniones sobre el significado de la carga de la prueba y sobre la forma de impugnarla, sin dejar atrás lo contentivo en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil venezolano.

La investigación realizada se ha organizado en capítulos, partiendo de una introducción hasta las recomendaciones generales, cuidando siempre que el contenido mantenga la congruencia requerida desde los conocimientos básicos a los más complejos. El contenido del trabajo se organizó en cinco capítulos de la siguiente forma:

En el Primer Capítulo, La Carga de la Prueba. Concepto, Finalidad y Reglas. En el Segundo Capítulo, Naturaleza y Distribución de la Carga de la Prueba. En el Tercer Capítulo, Principios y Hechos Determinantes que Orientan la Carga de la Prueba. En el Cuarto Capítulo, Aspectos Generales de los Documentos. En el Quinto Capítulo, la Tacha como Medio de Impugnación. Por último, las Conclusiones, las Recomendaciones y las Fuentes Bibliográficas consultadas.

CAPÍTULO I
FUNDAMENTACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

1.1. Concepto, Objeto y Finalidad de la Carga de la Prueba

La tradición romana en materia de carga de la prueba incorporada luego en el Código de Napoleón y en los europeos y sudamericanos que se originaron en éste, estructura la noción sobre la existencia de una necesidad práctica ante la cual se encuentra la parte para poder obtener el efecto jurídico deseado y evitar el daño de perderlo. La parte debe probar el nacimiento del derecho reclamado si quiere que le sea reconocido por el Juez, o su extinción, si se defiende alegándola; más no tiene la obligación de llevar esa prueba, y por eso ni el Juez ni nadie la constriñen a hacerlo. Pero en el derecho romano no se elaboró una noción general de carga como parte de la teoría general del derecho, pues sólo se la consideró en materia probatoria.

En la Edad Media, los glosadores y post-glosadores restablecieron el principio de la carga de la prueba, tomándolo del derecho romano y más tarde en la edad moderna, fue incorporado a los códigos civiles del siglo XIX, a partir del Código de Napoleón, pero sin que por muchos años se intentara elaborar una doctrina general de la carga y mucho menos para darle autonomía frente a las nociones de derecho subjetivo y de obligación.

Ha sido en época relativamente reciente que aparecen los primeros esfuerzos, en este último sentido, y puede afirmarse que sólo en este siglo XX se han hecho estudios en forma seria al respecto, primero en Alemania y luego en Italia, en España y Sudamérica. Devis (1981) ha hecho un profundo análisis sobre el tema y ha expresado que:

> “La noción de carga procesal es aceptada por todos los autores y tiene un origen histórico muy antiguo, aún cuando estuvo limitada, hasta el siglo pasado, a la actividad probatoria. Hay unánime acuerdo respecto a dotarla de autonomía conceptual ya que representa una noción fundamental para la teoría general del derecho y del proceso…” (p. 400).

Hace más de un siglo que trata la ciencia de revisar el concepto, dando lugar a una floración de teorías que se esfuerzan por explicar el instituto a la luz del derecho positivo y ofrecer soluciones ideales para los complejos problemas que él sugiere.

La Carta Magna garantiza el derecho a la defensa y como consecuencia el funcionamiento de esta institución, cuando consagra en el artículo 26 que:

> “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente (…)”

Asimismo, el Código Civil en el artículo 1354, contempla “quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”. Según la doctrina Prueba es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Tiende a la persuación o convencimiento que debe producir en el Juez llamado a resolver lo planteado y discutido en el juicio. Para el Derecho Procesal, la prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas por la Ley.

Vale la opinión de Micheli (1970), quien comenta que:

> “Existe carga cuando un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; pero, de otro lado, el sujeto quedaba en libertad de organizar su conducta, a su conveniencia; y por supuesto sucedía casi siempre en sentido contrario a lo establecido en la norma”. (p. 90)

En cambio, en la obligación se debe cumplir el acto hasta en forma coercitiva, ya que se podría aplicar una sanción como la de pagar perjuicios o multas. Enunciado en esta forma parecería muy sencillo distinguir la carga de la obligación. Pero surgieron muchos problemas y dudas, ya que muchas obligaciones no pudieron cumplirse coercitivamente. Hubo la necesidad de imponer sanciones, para ser cumplidas por la fuerza, si la ley así lo contemplaba, puesto que las cargas se imponen no sólo en interés de las partes, sino también en interés público. Pero se encuentra con deberes y obligaciones de interés general.

De todo esto puede deducirse, que no es fácil establecer una verdadera diferencia entre lo que es carga procesal y lo que es obligación. Sin embargo existen analogías entre las situaciones jurídicas creadas por ambas; por ejemplo, el obligado mantiene en ocasiones cierta libertad para no cumplir y soportar, en cambio las consecuencias adversas, como en las *intuitu persona*, consecuencias que se traducen en la de indemnizar perjuicios; a su vez el sujeto de la carga puede también omitir su ejecución y someterse a las consecuencias desfavorables, no obstante que debe ejecutarlo si desea obtener una ventaja o resultado favorable.

Comenta Devis (1981) que:

> “La carga es una relación jurídica activa, al contrario de la obligación y el derecho, que son relaciones jurídicas pasivas. Aquella se debe catalogar al lado del derecho subjetivo y la potestad, como una facultad o poder porque su aspecto fundamental consiste en la posibilidad que tiene el sujeto conforme a la norma que la consagra, de ejecutar libremente al acto objeto de ella para su propio beneficio.” (p.415)

En cuanto a la tesis que consideraba la carga como relación jurídica pasiva, al lado de la sujeción y el vínculo como una categoría de deber, brillantemente definida por Carnelutti y la tesis que le asigna el carácter de imperativo del propio interés, la cual puede calificarse de intermedia. Estas tesis se consideran definitivamente superadas. Puede definirse la carga, 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 propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.

Antes de conceptualizar lo que es la carga de la prueba, se hace necesario analizar el concepto de carga, distinguiéndolo de lo que puede entenderse por obligación. Asimismo, lo que se debe interpretarse por pruebas; en tal sentido se encuentra que uno de los méritos de Carnelutti fue haber establecido tal distinción; de acuerdo al análisis practicado por él. La obligación es el lado pasivo, al cual corresponde del lado activo un derecho subjetivo; comenta asimismo que el derecho subjetivo, es un interés protegido mediante un poder de la voluntad concedido para la tutela de un interés; para el citado civilista, la noción de obligación surge cuando se invierte el derecho subjetivo, así existe carga cuando el ejercicio de una facultad es puesto como condición para obtener cierta ventaja; por lo que para la carga viene a ser una facultad cuyo ejercicio es necesario para la

consecución de un interés, obligación y carga vendrían a tener en común el elemento formal, que estaría en el vínculo de la voluntad, difiriendo en cuanto al elemento sustancial.

Por otra parte, comenta el Dr. Brice (1964) que:

> “Etimológicamente la palabra prueba viene del adverbio probe que equivale a propiedad y honradez, en razón de que al hacer una afirmación en juicio para fundamentar el derecho reclamado, la buena fe del afirmante queda en duda, mientras no haya presentado los elementos de convicción requeridos para que el Juez pueda decidir el problema en su favor. Se demuestre así la propiedad sospechada. Pero ha tenido preferencia la teoría que considera proveniente la palabra prueba, de la voz *probandun*, que significa demostrar patentizar, hacer fe”. (p.27)

La palabra prueba tiene otras acepciones, indica tanto como probar, y así se dice que la prueba incumbe al actor, comprende la investigación misma destinada a dilucidar la cuestión debatida, cuando se dice, abrir la causa a prueba, cuando se dice término probatorio; expresa el grado de convicción del Juez, cuando se dice prueba plena o semiplena; también indican los medios de que se valen las partes para demostrar la verdad discutida. El Dr. Santana (1983) expresa: “Le toca probar a quien tiene la carga de hacerlo, entendiendo por carga el interés procesal de demostrar un hecho, el cual se ha reseñado como siendo o formando parte del acontecimiento o suceso alegado.” (p.14)

El insigne procesalista Couture (1966) al respecto señala:

> “Son obligaciones procesales, aquellas pretensiones impuestas a las partes con ocasión del proceso, la mas acentuada de las obligaciones procesales es la de la condena en costas. En este concepto existe una responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de defensa, el daño que se cause con ese abuso, genera una condena en costas, la condena en costas constituye una forma de imponer la obligación cuya naturaleza procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley, consiste en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión apareja una consecuencia gravosa para uno.” (p.216)

La finalidad de la actividad probatoria consiste en crear la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados en las alegaciones procesales. También se puntualiza que dicha actividad incumbe primordialmente a las partes sobre quienes pesa en consecuencia, la carga de incorporar al proceso a través de los medios correspondientes los datos compatibles del cual depende el derecho que se pretende.

El Dr. Pierre (1980) considera, que la prueba es la comprobación judicial, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende. El concepto de carga de la prueba radica en la posición procesal que adopten las partes; variable de acuerdo a su específico interés; ello conlleva a la interpretación de una regla básica, la carga corresponde a la parte que aspira la aplicación de la norma jurídica en cuyo mandato subsume el hecho concreto que se quiere probar, aplicación que será favorable o no conforme al resultado de las probanzas evacuadas en el juicio.

Al respecto el Código de Procedimiento Civil en el artículo 506, pauta que:

> “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 libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de su obligación.
> Los hechos notorios no son objeto de prueba”.

La carga y apreciación de la prueba puede exponer las reglas respecto a las partes y al Juez. Respecto de las partes, la regla corresponde al artículo 506, esta regla constituye un aforismo en derecho procesal ya que el Juez no decide entre las simples y contrapuestas afirmaciones de las partes, ni según su propio entender, sino conforme a los hechos acreditados en el juicio. Y respecto al Juez, no existe la obligación en el Juez de decretar pruebas por su propia iniciativa; pero puede hacerlo cuando lo estime necesario para formar su propia opinión sobre la litis. Esta facultad la ejerce el Juez en forma restrictiva como consecuencia del sistema dispositivo que impera en la legislación civil venezolana.

Por otra parte el Dr. Henriquez (1986) en sus comentarios dice, haciendo eco de una interpretación de Couture, “Quien pretende algo ha de probar los hechos extintores o las circunstancias impeditivas de esa pretensión” (p. 337). El nuevo código acoge la antigua máxima romana *incumbit probatio qui dicit, no qui negat*, al prescribir que cada parte debe probar sus respectivas afirmaciones de hecho.

Pero esa fórmula es desde todo punto de vista inconveniente, pues según enseña mejor doctrina, la negación o afirmación puede ser simple modalidad de redacción. La situación no cambia porque se niegue un hecho en vez de afirmar su inexistencia. Además la circunstancia de afirmar o negar un hecho

no altera la mayor o menor posibilidad de su prueba: un hecho negativo concreto puede probarse en tanto una afirmación indefinida no puede probarse.

No son objeto de prueba los hechos admitidos por el antagonista en el litigio los hechos notorios no son objeto de prueba los hechos normales tampoco son objeto de prueba. En este análisis se puede observar que el Dr. Henriquez aún cuando no este analizando el objeto de la prueba, nos deja clara evidencia de que lo que se persigue con la prueba, es el esclarecimiento del hecho y cómo se logra. A través de ésta, a través de la prueba, al mismo tiempo hace las correspondientes excepciones, es decir cuáles hechos están exentos de dicha prueba.

También cuenta la opinión de Devis (1981), quien comenta al respecto y dice que: “La confusión frecuente entre las nociones de objeto, necesidad y carga de la prueba, conducen a desvirtuar la noción misma de la prueba judicial e impide un adecuado entendimiento de esta materia”. (p. 41). De ahí que parece indispensable separarlas y explicarlas en sus delineamientos particulares, que sin ahondar se pueden precisar suficientemente las tres nociones en breves palabras, por objeto de prueba, por necesidad de la prueba y por la carga de la prueba:

- Por objeto de prueba de entenderse, lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente 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 extra-procesales, sean o no jurídicas.

- Por necesidad o tema de la prueba (*thema probandum*) debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de actividad probatoria,

esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el Juez no puede decidir.

- La carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés de probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuales hechos entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones y le dice al Juez como debe fallar en caso de que esas pruebas falten.

Se trata de una noción subjetiva, porque contempla la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiera prueba; además es concreta respecto a las partes, ya que se refiere a hechos precisos, establece pues, cual de los varios hechos que forman el tema de la prueba en el proceso interesa a cada parte que sean demostrados para que sirvan de base a sus pretensiones o excepciones; más, es también abstracta respecto al Juez, porque es una regla de juicio de alcance general sobre la manera cómo debe decidir el Juez a falta de prueba y no en un conjunto de reglas concretas para los diversos procesos.

Al respecto comenta Santana (1983) que:

> “Desde un punto de vista forense debemos comprender todos los elementos de hecho que han formado parte de nuestra narración, ya que nos hemos preparado para ello sin confiarnos en sutiles consideraciones acerca de si tenemos o no la carga, si nos toca o no probar. Por tanto, tendemos a sostener que en la parte que se sitúa una tarea o labor probatoria y el Juez, si bien podría en ausencia de prueba desechar la pretensión por esa carencia, cuando la prueba

> existe y se incorpora en autos, entra en lo que entendemos como integridad y comunidad de la prueba ya que el Juez, si el hecho quedo demostrado, no puede dejar de apreciarlo porque lo hizo una u otra parte, no atiende a quien aportó la prueba, sino a lo probado, sin que sea necesidad ningún alegato para beneficiarse de los efectos de los que quedó demostrado". (p.15)

El objeto de la prueba induce a pensar que no todos los hechos que acontecen en el devenir diario tienen la importancia para el derecho, sino los que sean idóneos, capaces de producir el nacimiento, la pérdida, la extinción o la modificación de un derecho.

Para Michelli (1970) con relación al objeto de la prueba ha considerado que:

> "La convicción del Juez acerca de la inexistencia, o no, o el modo de ser de los hechos de la causa debe formarse, pues, en el proceso y a través de los medios instructorios especiales que son las pruebas propiamente dichas, y otros procedimientos que pueden servir para controlar la validez de ciertas pruebas. Hay que precisar sin embargo, que la prueba es necesaria, y el Juez proveerá a adquirir la para el proceso, si y en cuanto considere tener necesidad de ella para la formación del convencimiento de quien deberá decidir." (p. 90)

El Juez debe preocuparse por constatar que la demostración de aquel hecho tenga alguna incidencia sobre la formación de la convicción de dicho Juez para la decisión de la causa, es decir, que la prueba debe ser relevante a los fines de la decisión misma.

Para Couture (1966) el tema del objeto de la prueba busca una respuesta para las preguntas, ¿qué se prueba?, ¿qué cosas deben ser probadas? Los Códigos han distinguido los juicios de hecho de los de puro derecho. Los primeros dan lugar a prueba; los segundos, no. Agotada la etapa de sustanciación, directamente se cita para sentencia.

Esta división elemental suministra una primera noción para el tema de la carga de la prueba; regularmente el derecho no es objeto de prueba; sólo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio. Existe un estrecho vínculo entre la regla general de que el derecho no se prueba y el principio general que consagra la presunción de su conocimiento; no tendrá sentido la prueba del derecho en un sistema en el cual éste se supone conocido. Dicha norma tiene sin embargo algunas excepciones que son objeto de solución especial.

Una primera excepción, al principio de que el derecho no es objeto de prueba, sería la existencia o inexistencia de la ley. Conviene aclarar, sin embargo, que si las partes hubieran discutido la existencia del derecho sin producir prueba al respecto, ello no obstaría a que el Juez decidiera igualmente el conflicto, investigando por sus propios medios, aún fuera del juicio la ley aplicable.

Otra excepción es la que surge de aquellos casos en los cuales la costumbre es derecho, si fuera discutida o controvertida habría de ser objeto de prueba. Pero también en estos casos, que a falta de prueba suministrada por las partes, el Juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios. En este caso, más que una carga de la prueba, debe hablarse de un interés en la prueba.

Una tercera excepción al principio de que el derecho no es objeto de prueba es en el caso de que la ley extranjera resulte controvertida. Otra excepción es la que resulta en los casos en que la costumbre es fuente de derecho y sobre esta se presentare discusión y fuere controvertida.

Dice el Dr. Couture (1966): “La regla ya expuesta de que sólo los hechos controvertidos son objeto de la prueba”. (p. 219). Esta conclusión se apoya en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga, son sin duda aquellas que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes

Del análisis practicado, puede evidenciarse que dicha norma comprende la teoría del objeto de la prueba. Con la expresada norma se busca el conjunto de proposiciones que deberán ser sometidas a verificación judicial. Los hechos que son admitidos, por argumento a contrario, quedan fuera del contradictorio. Puede afirmarse entonces, que esta expresión que establece, que la prueba debe recaer solamente sobre los hechos controvertidos, representa una limitación de encuadramiento objetivo, de las proposiciones de hecho que han de ser objeto de prueba.

La determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos es una función previa, para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo. En lo que atañe a los hechos admitidos tácitamente, hay necesidad, sin embargo de fijar el alcance de esta doctrina, teniendo en cuenta aquellos casos en los cuales la demanda no ha sido impugnada por imposibilidad jurídica de hacerlo.

El Dr. Couture (1966), en brillante análisis comenta, no son objeto de prueba dentro de los hechos controvertidos, los siguientes:

- Los hechos presumidos por la ley sobre los cuales recae una presunción legal, una presunción legal es una proposición normativa a cerca de la verdad de un hecho, si admite prueba en contrario se dice que es relativa; sino admite prueba en contrario se denomina absoluta.

- Los hechos evidentes, también están fuera del objeto de la prueba. En dichos casos la mentalidad del Juez suple la actividad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda tentativa de prueba.

- Los hechos normales, el conocimiento de estos, forma parte de esa especie de saber privado del Juez, que éste puede invocar en la fundamentación de la sentencia.

- Los hechos notorios quedan también fuera del objeto, el concepto de notoriedad no puede tomarse como concepto de generalidad, un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todos, circunstancia que no impide que el hecho pueda considerarse como tal.

Para el citado civilista tampoco lo notorio puede interpretarse en un sentido tendiente a abarcar el conocimiento por todos los hombres de un mismo lugar. Dentro de un mismo país o dentro de un mismo lugar, un hecho podrá ser notorio para unos hombres y no lo será para otros. En consecuencia, el concepto de notoriedad tiene por finalidad relevar a las partes de producir pruebas innecesarias, en función del principio de la economía procesal; y por otra parte, obligar a la justicia a que ésta no viva de espaldas al saber del pueblo, ignorando lo que todo el mundo conoce.

El objeto de la prueba se halla constituido por los hechos invocados en las alegaciones, debiendo entenderse por hechos todos aquellos sucesos y acontecimientos externos o internos susceptibles de percepción o deducción.

De manera tal, que de acuerdo a lo expresado pueden ser objeto de prueba tanto los hechos del mundo exterior (provengan de la naturaleza o de la acción del hombre).

Ovalle (1989) ha dicho:

> “Si se ha definido la prueba como la obtención del sercioramiento del juzgador acerca de los hechos necesarios para que pueda resolverse el conflicto sometido al proceso, resulta lógico considerar que el objeto de la prueba (*thema probandum*), es decir, lo que se prueba son precisamente esos hechos”. (p.124)

El objeto de la prueba, es el hecho que debe verificarse y sobre el cual vierte el juicio. Integra el objeto de las pruebas aquello que los litigantes invocan como base material de los derechos que judicialmente reclaman, lo que hace que en su favor se actualice la voluntad de la ley, objeto que usualmente queda comprendido en la denominación genérica de hechos, en la que se incluyen los propiamente tales y los actos jurídicos, puesto que unos y otros forman la base común de los litigios; sobre ellos viene a desenvolverse la actividad procesal y probatoria de los sujetos que plantean los debates ante las autoridades jurisdiccionales.

Todos los hechos pueden dar lugar a litigios y por ende integrar la base primaria de ellos, aún cuando existen los calificados de imposibles, que por su misma naturaleza escapan a la actividad probatoria de las partes, no podría demostrarse por los medios ordinarios de prueba, a los que naturalmente se sustrae lo imposible, en el campo de la leyes físicas o en el del pensamiento. Asimismo los hechos negativos indefinidos tampoco son materia directa de pruebas basado en el principio, la prueba ha de obedecer

a la realidad; ser expresión de ésta, y están exentos de prueba los hechos evidentes, y los hechos notorios.

El Dr. Alsina (1957) comenta que:

> “El objeto de la prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende. No hay derecho que no provenga de un hecho, precisamente de la veracidad de hechos procede la variedad de derechos. De aquí la clasificación de los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos, que es fundamental en nuestra materia. Los hechos tanto pueden provenir del hombre como de la naturaleza y aún, ser creados por la abstracción, como la muerte por presunción de fallecimiento; puede recaer tanto sobre el hombre mismo como sobre las cosas del mundo exterior. Pero también se aplica la idea de hecho a lo que no es sino la negación del mismo, que lo que vulgarmente se denomina hecho negativo.” (p.239).

El objeto de la prueba es la demostración de la existencia de un hecho, pero también podría ser objeto de prueba la inexistencia de un hecho por ejemplo, las acciones meramente declarativas, cuando fundada en tal circunstancia se afirma la existencia de un derecho. Al igual que la mayoría de los autores están de acuerdo en que estarían exentos de prueba los hechos confesados y admitidos por las partes, y refieren que existe confesión cuando el demandado reconoce expresamente en su contestación los hechos afirmados por el actor en su demanda; también estarían exentos los hechos notorios, entendiendo por tales, aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el momento que la sentencia es pronunciada.

En principio, la negativa no requiere pruebas, sino que bastaría alegarla, correspondiendo la demostración de su existencia a quien lo afirma. Se ha hecho especial referencia al objeto de la prueba por ser un aspecto estrictamente vinculado a la carga de la prueba, puesto en el régimen dispositivo legal venezolano, la formación material del conocimiento en el proceso constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del Juez, ya que no podría en su decisión hacer referencia a hechos que no hayan sido alegados por las partes, vendría a depender de este aspecto, que sus pretensiones sean admitidas o rechazadas, de modo que junto a la carga de la afirmación de los hechos, tendrían la carga de probar los mismos, con las excepciones a que las que se ha hecho referencia anteriormente. Cabe recordar, que la prueba para las partes, no constituye una obligación, ellas pueden omitirla y hasta renunciar a la que tuviesen ofrecida.

En lo relacionado con el objeto de la carga de la prueba, el Dr. Bello (1966) comenta lo siguiente: la doctrina moderna considera que existen tres especies fundamentales de hechos en relación a la carga de la prueba:

- Hechos constitutivos, son los específicos de donde se origina el derecho donde cada una de las partes basa su pretensión; por ejemplo: quien fundamenta su pretensión en un contrato de compraventa, le corresponde probar los hechos constitutivos de su formación, sea el consentimiento, el precio y el objeto.

- Hechos impeditivos, son aquellos cuya ausencia, impide que la existencia del hecho específico dé nacimiento al hecho correspondiente, negando de alguna forma su eficacia jurídica; por ejemplo, si una de las partes que contrató era incapaz, lógicamente el contrato será anulable. La carga de la prueba de los hechos impeditivos corresponde a quien los alega; pero tocará

su carga a quien pretenda ampararse en ellos para contrarrestar la pretensión de la otra parte.

- Hechos extintivos, son los que dan fin a un derecho, y su carga corresponderá a quien trata de beneficiarse de esa extinción.

El citado procesalista mantiene el criterio de que la carga de la prueba incumbe al actor, *actori incumbe probatio*; pero si el demandado, en vez de limitarse a negar el derecho del actor, invoca a su vez ciertos hechos para destruirlo, se convierte en actor, en cuanto a la alegación de esos hechos; y debe asumir la carga de la prueba, *reus excipienso fit actor*.

El Dr. Palacios (1988), en lo referente al objeto de la prueba hace la siguiente consideración:

- Como regla de carácter general, el objeto de prueba se halla constituido por los hechos invocados en las alegaciones, debiendo entenderse por hechos, todos aquellos sucesos o acontecimientos externos o internos susceptibles de percepción o deducción.

- Para ser objeto de prueba, sin embargo, los hechos deben ser controvertidos y conducentes. Los hechos revisten el carácter de controvertidos cuando son afirmados por una de las partes y desconocidos o negados por la otra. Son en cambio conducentes los hechos provistos de relevancia para influir en la decisión del conflicto, careciendo de aquella calidad los hechos que aunque discutidos, su falta de motivación no tendría virtualidad para alterar el contenido de la sentencia.

Todo hecho que carezca de relevancia inmediata o mediata es por lo tanto inconducente y no puede ser objeto de prueba sin riesgo de incurrirse en dispendio inútil de actividad procesal, aunque el Juez, en caso de duda, debe

inclinarse por la apertura de la causa a prueba o por la admisión del medio probatorio de que se trate.

Si se examina en forma parcial, el problema del fin de la prueba puede enfocarse desde el punto de vista de la parte que la suministra o del Juez que la valora; pretendiendo vencer en el litigio o conseguir su pretensión en el proceso voluntario, y aquél, tratando de convencerse de la realidad o verdad para declararla. Como en el proceso contencioso las pretensiones están encontradas, generalmente ocurre que la prueba se convierte en un arma de ataque y de defensa, con la cual se busca obtener lo pedido en la demanda o conseguir su rechazo.

Devis (1981) hace un análisis bastante completo sobre lo que es el fin de la prueba y se hace las interrogantes siguientes: ¿Para qué se prueba en el proceso? ¿Qué se persigue al llevarle al Juez la prueba? La respuesta a esta interrogante constituye lo que debe entenderse por el fin de la prueba judicial.

Pero esos fines individuales y concretos que cada interesado busca con la prueba, siempre en su favor y para su beneficio, no representan el fin que corresponde por si misma, por su naturaleza y su función procesal. La parte puede tratar de desvirtuar ese fin, torciéndolo en su beneficio, como sucede con la acción o el derecho de contradicción y los recursos, debido a que desde el momento en que es necesaria la intervención de aquélla para que la función jurisdiccional se ponga en movimiento, se desenvuelva en el proceso y culmine en la sentencia, es inevitable que al lado del fin abstracto principal y propio de la institución o del especial derecho ejercitado, aparezca el fin secundario y concreto que esa parte persigue, de acuerdo con su interés y su egoísmo.

En esta materia, como en casi todas las relaciones con las pruebas judiciales, las teorías son muy diversas, pero pueden reducirse a tres:

- La doctrina que le asigna a la prueba judicial el fin de establecer la verdad: esta teoría es inaceptable porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad a pesar de llevarle al Juez el convencimiento necesario para fallar, entre los que defienden esta tesis están Benthan, Ricci, Bonnier y Claria Olmedo.

Ahora bien, Benthan (1959), explica que “la persuasión es susceptible de diferentes grados de fuerza o de intensidad. En un caso decimos, me inclino a creer; en otro creo; en otro sé. Pero estas palabras están muy lejos de expresar todos los matices intermedios, desde la simple probabilidad hasta la certeza moral. Cada elemento judicial está sujeto a variaciones de cantidad y de grado” (p. 150). Para este autor, el fin consiste en producir la persuasión en el Juez. Pero en otro lugar define las pruebas y precisa su pensamiento sobre el fin que persiguen, con estas palabras; sin embargo, no se debe entender por tal, sino un medio que se utiliza para establecer la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto.

Ricci (1971) se ha expresado en el mismo sentido:

> “Probar, vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido y ha existido de un determinado modo, y no de otro y que la prueba no es un fin por sí misma, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad.” (p. 87).

Se descubre la verdad cuando hay conformidad entre la idea y los hechos del orden físico o del orden moral que se desean conocer. Probar es

establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.

La evidencia interna, o sea, la que advierte de los hechos que se verifican en la misma persona y de evidencia producida por los hechos exteriores que son percibidos por los órganos de los sentidos. Sin embargo por otra parte observa, que se pueden, haber acumulado todos los medios de prueba, sin que se haya formado convicción en su ánimo, es decir, que le asigna a la prueba el fin de llevar la convicción al Juez.

El Dr. Alsina (1957) afirma que la función de la prueba consiste en: “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” (p. 72). Este tratadista opina algo diferente y dice: “El esfuerzo que las partes realizan con la aportación de la prueba, tiende a producir en el Juez la convicción de la verdad de sus afirmaciones” (ibid. p.72).

Desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado. El régimen vigente insta a las partes a agotar los recursos dados por la ley para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevante del juicio.

- La teoría que reconoce como fin de la prueba judicial el obtener el reconocimiento o la certeza subjetiva del Juez. Sostienen ésta tesis:

Framarino (1964), quien al respecto ha opinado que:

> “La finalidad suprema y sustancial de la prueba es la comprobación de la verdad; la prueba en general es la

> relación concreta entre la verdad y el espíritu humano; la prueba es pues, por este aspecto, el medio objetivo a través del cual la verdad logra penetrar en el espíritu... la prueba es la relación particular y concreta entre el convencimiento y la verdad". (p.135)

Se inclina por asignarle a la prueba como fin, el llevar al Juez la certeza subjetiva sobre los hechos, que puede corresponder o no a la verdad objetiva; y manifiesta que en materia civil el Juez debe contentarse con una verdad ficticia, que responde a una verdad más convencional que real.

El fin de la prueba consiste en dar a conocer al Juez los hechos de un modo claro y preciso y a la vez infundirle en cierta forma certeza y propósito de su existencia o inexistencia. Prieto (1964) tiene una opinión hasta cierto punto compleja, puesto que la define como:

> "La actividad para llevar al Juez la convicción de la verdad o para fijarla a los efectos del proceso, pero más adelante advierte que "solo hasta cierto punto es exacta la afirmación de que la prueba tiene por finalidad producir la convicción del Juez, porque ni la confesión ni la *ficta confessio* aportan convencimiento lógico, ni el Juez determina la necesidad de la prueba, pues sólo en el juicio de menor cuantía puede abrir a pruebas de oficio." (p.395)

Sin embargo, esta tesis de Prieto no afecta a la posición de que el fin de la prueba es producir la convicción del Juez, porque él mismo acepta, que el Juez necesita obtener ese convencimiento de los hechos para poder decidir sin tener que acudir a la regla de la carga de la prueba, porque como se ha podido observar, una cosa es que la ley exija la iniciativa de las partes para la producción de la prueba, y otra muy diferente es que la finalidad de la producción sea llevarle al Juez la convicción sobre los hechos del proceso,

sin importar cómo sucede en los casos en que la tarifa legal le señala a un determinado medio el valor de plena prueba.

Palacio (1988) considera que:

> “La finalidad de la prueba consiste en crear la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados en la alegaciones procesales. Dicha actividad incumbe primordialmente a las partes, sobre quienes pesa, en consecuencia, la carga de incorporar al proceso, a través de los medios correspondientes, los datos susceptibles de cotejarse con aquellos hechos” (p. 361)

La finalidad de la prueba es el hecho que debe verificarse y donde se vierte el conocimiento motivo de la controversia. La noción lógica de la prueba supone una relación de sujeto a objeto, lo que permite dividirla en mediata e inmediata en atención al concepto que se viene manejando en forma tradicional.

- La tesis que ve como fin de la prueba la fijación de los hechos del proceso, entre ellos está:

Carnelutti (1955) considera que:

> “Desde el punto de vista del fin, las pruebas son medios de búsqueda de la verdad; desde el punto de vista del resultado, son medios para fijación de los hechos, el Juez tiene la obligación de no poner en sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante algunos de los procesos queridos por la ley; en realidad el proceso no sirve para conocer los hechos, o sea para establecer su verdad, sino únicamente para conseguir una fijación formal de ellos”. (p.223)

Y al tratar la prueba en un sentido jurídico que, si bien en el significado corriente probar es demostrar la verdad de una proporción afirmada, en el ámbito jurídico la comprobación de los hechos controvertidos por parte del Juez puede no derivar de la búsqueda de la verdad, sino de los procesos de fijación formal, y concluye, probar, en efecto, no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procesos determinados; así la ley habla de prueba para designar todos los medios de fijación intensamente formales como, por ejemplo, la confesión y el juramento.

Carnelutti, no expresa claramente su posición, da la impresión que entiende el fin de la prueba como la verificación de la verdad, sin embargo en otras opiniones refiere de obtener con ella la certeza. Por una parte, niega que el proceso sirva para establecer la verdad de los hechos y por la otra opina que si se excluye la certeza del campo de sus resultados, la prueba sería lo que no prueba nada; admitiendo al final que por certeza se entiende la satisfacción del Juez acerca del grado de verosimilitud. Por consiguiente, es una tesis confusa, según él, la fijación de los hechos se considera obtenida cuando el Juez adquiere certeza o convencimiento sobre su existencia o inexistencia sin que pueda admitirse que esté siempre en posesión de la verdad.

En conclusión puede decirse que la finalidad de la prueba judicial es obtener el convencimiento del Juez o la certeza subjetiva del Juez, es decir, producir en el Juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere, certeza que puede no corresponder a la realidad, puesto que equivale a creencia subjetiva. El Juez necesita adquirir el convencimiento de los hechos, para decidir, sin tener que recurrir a la regla de la carga de la prueba. Una cosa es que la ley exija que las partes produzcan la prueba y otra el levarle al Juez la convicción sobre los hechos de la causa.

En lo que atañe a la carga de probar tales hechos para lograr el efecto jurídico perseguido, no es suficiente probar los hechos alegados, es necesario además, que éstos sean los que, conforme a la norma jurídica, deban producir aquel efecto; en consecuencia para que el Juez pueda recurrir a la regla de la carga de la prueba, es indispensable, no sólo que el hecho haya sido alegado sino que también concuerde con el contemplado como presupuesto de la norma jurídica aplicable al caso en cuestión, de lo contrario el resultado será una decisión desestimatoria, falta de congruencia. No se cumple con el fin requerido jurídicamente.

1.2. Fundamentación de la Carga de la Prueba

La carga de la prueba es una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua non de toda buena administración de justicia. La seguridad jurídica, la armonía social, el interés general en que se realizan los fines propios del proceso y la jurisdicción reclaman la existencia de las reglas de la carga de la prueba.

Dice el Dr. Pierre (1980):

> “La simple lógica nos explica a quien debe corresponder la carga de la prueba, porque cualquiera que sea la solución que se adopte, puede tener fundamento lógico, hay que acudir no al principio de la contradicción de la prueba, sino a la necesidad que tiene el Juez de conocer ciertas reglas de juicio para sentenciar cuando falte la prueba de autos, y al interés propio que tienen las partes de probar sus afirmaciones para no correr el riesgo de ser declaradas perdedoras, aún cuando tuvieran toda la razón legal. De no conocer el Juez ciertas reglas aplicables en el caso de que las partes no hubieran aportado pruebas o lo hubieran hecho en forma deficiente, se vería obligado a absolver de la

> instancia y como ya se ha dicho, esto no le es permitido por nuestro ordenamiento jurídico". (p.187)

En cuanto a las partes, tiene gran importancia desde el punto de vista de sus intereses, porque señala los hechos que a cada uno le corresponde probar para lograr el fin que persiguen: el triunfo en la contienda judicial. Debe recordarse sin embargo que esto último no quiere decir que el litigante sobre quien recae la carga de la prueba sea obligatoria o forzosamente quien deba probar los hechos que le incumben, sino que le señala a quien interesa la prueba de los hechos necesarios para resolver la litis a su favor, pues según el principio de la comunidad o adquisición de la prueba, no importa quien presenta la prueba, sino que ésta aparezca en los autos. De ahí que no deba decirse que la carga de la prueba señala quién debe probar, sino que lo correcto es expresar, que sólo indica quién debe tener interés legal a los fines de la sentencia, de que ese hecho o hechos resulten claramente demostrados en el proceso.

Micheli (1970) expresa al respecto:

> "Que no todos los hechos controvertidos tienen la misma importancia, a los fines de demostrar el fundamento de la pretensión, ya se refiera ella a una prejudicial atinente al proceso o al fondo y que al valorar la relevancia de la prueba el Juez va a tener en cuenta una regla legal que le indicará cuál de la dos partes es la más idónea para aportar la prueba de un hecho". (p. 89).

Puesto que la regla de la carga de ésta no tiene sólo la función fundamental de evitar en todo caso *un non liquet*, indicando al Juez una regla para determinar el contenido de la decisión cuando falten o sean insuficientes las pruebas, sino también indicar al Juez qué debe decidir,

a cerca de la admisión del medio de prueba, y cuál de las partes se considera legítima para ejercitar el poder procesar de aportar las pruebas.

Los hechos controvertidos, en virtud de los cuales la relación jurídica pervive con plena eficacia jurídica. La contrarréplica que puede el demandante oponer a los hechos y excepciones aducidas por la parte demandada. Por su parte el demandado tendrá que justificar, si ha negado los hechos, aquellos que traiga al debate para demostrar que la relación jurídica no llegó a constituirse, o los hechos que pudieran haberlo constituido, no se produjeron. También está obligado a probar los hechos que aun demostrado la existencia de la relación jurídica la hayan extinguido.

El Dr. Buzaid (1980), haciendo eco al pensamiento de Chiovenda y al de Carnelutti, en su monografía la carga de la prueba, al referirse al fundamento de la carga de la prueba, dice: “Para explicar el reparto de la carga de la prueba no parece suficiente decir que fue instituido por una razón de oportunidad, o por una regla de experiencia fundada en el interés a la afirmación.” (p.31) Su fundamento está en que es una regla de equidad, que nace de la consideración de que litigando las partes y debiendo considerárseles a ambas la misma ventaja para el ataque y la defensa, es justo no imponer a una sola de ellas la carga de la prueba. Para él, no se puede exigir sino la prueba de los hechos que crean específicamente el derecho.

El maestro colombiano Devis (1981), en lo que respecta a la fundamentación legal hace una brillante exposición, en tal sentido comenta:

> “Acogimos la tesis que ve en las máximas reglas de experiencia, no un objeto de prueba judicial, sino normas para orientar el criterio del juzgador, directamente (cuando son de conocimiento general y no requieren, por lo tanto que se las explique, ni que se dictamine si tiene aplicación al caso concreto) o del experto o perito que conceptúa sobre los hechos del proceso e indirectamente del Juez.” (p.176).

Debe tenerse en cuenta que la discusión radica sobre las segundas, ya que la doctrina acepta unánimemente que las de público conocimiento no son materia de prueba y las utiliza el Juez como razones para la valoración del material de hecho del proceso, esto es, las pruebas aportadas.

No se observa diferencia en estos casos expuestos por el autor, en cuanto a la manera como operan esas máximas en la tarea judicial; la circunstancia de que en unos casos se requiera la explicación del técnico, no puede alterar su naturaleza de simples normas de criterio para el entendimiento de los hechos. Las reglas o máximas le sirven al Juez, para rechazar las afirmaciones del testigo o la confesión de la parte, o el relato de un documento, o las conclusiones que pretende obtener de los indicios, e inclusive el dictamen de peritos, cuando advierte que hay contradicción con ellas, ya porque las conozca y sean comunes o porque se las suministre el perito técnico.

Así pues, las normas de experiencia son criterios de valoración de los hechos y forman parte de los juicios que sobre estos es inevitable encontrar cuando son objeto de la prueba judicial. Según opinión de la autora, no se trata de aplicar el conocimiento personal del Juez sobre los hechos que interesan al proceso, en el sentido que se le da al principio que niega tal facultad, tanto en lo civil como en lo penal.

En efecto este principio, es sin duda fundamental para la seguridad de las partes y la eficacia del derecho de contradicción, sin el cual no existe verdadera justicia, prohíbe al Juez poner como fundamento de su decisión, hechos sobre los cuales no se haya llevado al proceso prueba con las formalidades legales, con el pretexto de que personalmente los conoce, porque las partes no tendrían oportunidad de ejercer sus defensas; en cambio, el Juez utiliza las máximas de experiencia común para apreciar o valorar el elemento probatorio que existe en el proceso, es decir, respecto de hechos que han sido objetos de prueba con las garantías legales, y las de experiencia técnica mediante la prueba de expertos oportuna y debidamente practicada.

Las reglas o máximas de experiencia tienen aplicación en todos los países, cualquiera que sea el sistema procesal adoptado, con la salvedad de que encontrarán mayor campo de acción cuando exista libertad de apreciación por el Juez del material probatorio. En casi todos los países donde predomina el sistema de la tarifa legal, tienen amplio campo de aplicación en la prueba testimonial, en la indiciaria, en la pericial y en la inspección judicial o examen directo de los hechos por el Juez.

El Dr. Bello (1966) explica la fundamentación de la carga de la prueba en la forma siguiente, parte del aforismo latino reus in excipiendo fit actor según el cual el demandado que se excepciona se convierte en actor y debe probar su excepción, con el señalamiento de que dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 1354 del Código Civil Venezolano, que establece la solicitud de ejecución de una obligación.

Según este autor:

> “Con esa norma legal se está estableciendo que al demandado le incumbe la carga de la prueba, cuando por la naturaleza de su defensa él mismo ha reconocido la obligación que se le demanda, o sea el derecho del actor, si existió; pero que por un nuevo hecho alegado por él ya se extinguió la obligación. Fuera de estos casos de excepción, el sólo hecho que el demandado no se defienda, no exime al actor de la carga de probar su acción, máxime cuando contradice la demanda en todas y cada una de sus partes, tanto en los hechos como en el derecho, sin que constituya carga de inversión en la carga probatoria, el haber alegado, además de contradicción total defensas específicas que no acreditan el hecho del cual se hace surgir la obligación demandada. Lo contrario es darle al artículo en cuestión una interpretación y aplicación errónea.” (p.120)

En otras palabras al juzgador no le es dado trastocar el sentido del artículo 1354 del Código Civil Venezolano, contentivo de ese aforismo, invirtiendo la carga de la prueba, y ello con el simple hecho de considerar sin más ni más como excepciones determinados alegatos del demandado, si estos no enmarcan dentro de lo que jurídica y doctrinariamente constituye una excepción.

Resumiendo puede concluirse, que el principio general que dispone distribuir la carga de la prueba sin imponerla a una de las partes en su totalidad tiene un fundamento lógico; con el convencimiento de que el fundamento de la carga de la prueba, como norma de distribución del riesgo de la falta de certeza, se encuentra en los principios de la lógica, la justicia distributiva y la igualdad de las partes ante la ley y el proceso, es decir, en la necesidad de darle a todas las partes una adecuada oportunidad y una guía segura para la defensa de sus derechos y su libertad.

La carga de la prueba es como ha dicho Pierre, Devis y otros, una medida imprescindible de sanidad jurídica, una condición sine qua non de toda buena administración de justicia. Los fines propios del proceso y la jurisdicción reclaman porque exista, armonía social, un interés general y una seguridad jurídica. Dicho en otras palabras, su fundamento está en una regla de equidad que nace de la consideración de que litigando las partes y debiendo concedérsele a ambas las mismas oportunidades para el ataque y la defensa, no es justo imponer a una sola de ellas la carga de la prueba. Al actor toca probar los hechos que crean específicamente el derecho y el demandado podrá negar mediante excepción los presupuestos generales de ese estado.

1.3. Regla sobre la Carga de la Prueba

El derecho romano ha legado la norma general de la que el artículo 1354 del Código Civil no es sino una aplicación, de la misma, el cual es actori incumbit probandi sed reus in exceptione fit actor.

Han dicho varios tratadistas no obstante, que actori incumbit onus probandi no significa que la carga corresponderá siempre al actor, al reo corresponderá también, en no raras ocasiones, justificar los hechos. La máxima expresa únicamente que el actor debe probar primero. Es él ordinariamente, a quien corresponderá demostrar la exactitud de los alegatos en que fundamentan su pretensión. Es el actor el primero en pretender y por ende, corresponde a él probar en primer término. Comenta Micheli (1970) que:

> “La regla de la carga de la prueba funciona también en la fase de la instrucción probatoria ante el Juez instructor y que

> ella indica quién está legitimado para la prueba, lo que debe ser probado cuánto debe ser probado.” (p.93).

La carga de la prueba atañe a la búsqueda de las pruebas, no a la inspección ni a la valoración de ellas; cuando la persona o la cosa que hace de prueba es introducida en el proceso, la potestad del juez de someterla a la inspección o de extraer de ella elementos para su convencimiento, no está subordinada a iniciativa alguna de parte.

El Código Civil Venezolano en el artículo 1354 dispone: “quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”.

Esta disposición indica precisamente quién tiene interés en probar y qué cosa, en relación al contenido de la demanda presentada y de allí la norma jurídica (a aplicar en el proceso) que se invoca en apoyo de la pretensión que se formula. Aún cuando el Juez puede rectificar el planteamiento jurídico formulado por las partes, no obstante debe ser en el ámbito del petitum, puesto que el problema más difícil en el tema de distribución de la carga de la prueba, como se ha indicado anteriormente, es el de cuánto debe ser probado por cada una de las partes.

La definición de la norma citada es como una exigencia de la política legislativa que pauta dicho artículo 1354 del Código Civil (tiene su basamento en el derecho romano común) la finalidad ha sido la de simplificar la hipótesis productora de los efectos jurídicos, en forma de echar la prueba sobre aquel sujeto que es mas probable y que tenga la posibilidad del proporcionarla. La regla encuentra una justificación más inmediata en la estructura dialéctica del

proceso contencioso de cognición. De manera que pase a tener su justificación el interés en la prueba de cada una de las partes en oposición.

Dice el Dr. Couture (1966) que:

> “La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley señala. Y esto no crea evidencia de un derecho del adversario, sino una situación jurídica procesal atinente a cada parte, quien debió presentar la carga de las afirmaciones que era menester probar y no se probaron. Como en el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir.” (p.242)

Cuando dicha carga debe reducirse a principios la complejidad del problema se hace creciente y de muy difícil solución. En la doctrina tradicionalmente se ha encontrado con un conjunto de aforismos clásicos, algunos hasta pertenecientes a un sistema procesal que casi no existe; sin embargo la jurisprudencia le sigue dando aplicación diaria, así se tienen los adagios *actore* non probandi *reus absolvitur, actore incumbit probatio, el incumbit probatio nulla est*, entre otros. Mantienen hoy en día su vigencia a las más diversas y aún a las más opuestas soluciones.

En efecto, mientras el actor no ha demostrado la existencia del hecho constitutivo, el demandado no se ve forzado a demostrar la existencia del hecho impeditivo o extintivo; por otra parte el demandado podrá proporcionar pruebas, encaminadas a demostrar la existencia del hecho constitutivo afirmado por el actor, pero al hacerlo así no se verifica ninguna inversión de

la carga ni la falta de éxito de la prueba (denominada contraria) por parte del demandado.

La regla de la carga de la prueba viene en consideración por la determinación de quién debe probar, de qué debe probarse y de cuánto debe ser probado por cada una de las partes. La estructura particular del proceso determina que frecuentemente cada una de las partes en su respectiva posición deberá probar los hechos respectivamente puestos como base de las respectivas demandas, sin que pueda considerarse establecida la certeza de la exigencia de que la parte cumpla la carga puesta, en abstracto sobre ella por la ley.

La Legislación Civil Venezolana señala en el ámbito de la carga de la prueba, que incumbe al acreedor que pide la condena del deudor que no la cumple. Al respecto De La Oliva y Fernández (1988):

> “En torno al artículo 1354 del Código Civil, referido a la prueba de las obligaciones (punto de vista parcial del Código Civil en toda su regulación sobre la prueba), se ha construido una doctrina, hoy casi unánime, sobre la carga de la prueba en los procesos civiles. Aunque los términos del art. 1354 del Código Civil son sumamente escuetos, es la única apoyatura jurídica positiva general de que dispone el derecho procesal civil: incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento…” (p.276)

Teniendo como base la distinción de los hechos procesalmente relevantes en constitutivos, de un lado e impeditivos, extintivos y excluyentes del otro, la ratio iuris del art. 1354 del Código Civil permite atribuir al actor o demandante la carga de la prueba de los hechos constitutivos, mientras al demandado le corresponde o tiene la carga de probar los hechos impeditivos extintivos y excluyentes.

Bentham (1959) ha dicho:

> “Hay que convenir en que el demandante es la parte principalmente interesada en suministrar la prueba. ¿Por qué principalmente interesada? Porque en el caso de que una obligación no sea creída, sobre ella recaerán las consecuencias desagradables de no haberlo conseguido. Es pues, el demandante quien siempre se presenta primero a nuestras miradas, ya que es él quien corre con el mayor riesgo. ¿Por qué? Porque se espera siempre que, por su parte tenga algo que probar y que si no prueba nada no puede salir del juicio sin una pérdida mayor o menor mientras que, por parte del demandado puede suceder que salgan de la lucha con éxito sin haber probado nada, sin siquiera haber tratado de probar, sin hacer otra cosa que negar formalmente la proposición del demandante.” (p.150)

Según el comentario de este procesalista, el actor tiene como interés principal determinar la prueba de los hechos que ha afirmado para que su acción prospere; y el demandado, al contestar deberá pensar cuáles de ellas afirmará o negará. En el derecho venezolano la cuestión queda establecida en el libelo y en la contestación; de aquí que cada uno de los litigantes deben tener muy en cuenta lo que debe negar y la prueba que podrá aportar para el éxito de su pretensión.

Rosemberg (1997) comenta que:

> “Las normas sobre la carga de la prueba no pueden ser derecho consuetudinario, y se oponen a una regulación legal cuando ésta pretende dar algo mas que un principio general pero la regulación legal de la carga de la prueba en los casos particulares únicamente pone de relieve en forma reconocible el carácter de la norma como fundamentación de un derecho entre otros., estas son de una vez y para siempre determinadas de antemano e independientes de la situación procesal concreta. El modo de agrupar las obligaciones de

> las partes no tiene influencia sobre ellas, como tampoco la distribución de los papeles de parte. ” (p.221).

Pues no depende de que una parte haya afirmado algo, sino de qué parte debe hacer la afirmación correspondiente. La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito.

Al mismo respecta Palacios (1988) comenta:

> “El Juez no puede abstenerse de emitir un pronunciamiento que concretamente actúe o deniegue la actuación de la pretensión procesal. Debe por el contrario decidirse en uno u otro sentido y le está vedada la posibilidad de obviar tal decisión con fundamento en la incertidumbre que arroja la falta o la insuficiencia de la prueba. De allí que frente a tales contingencias, el Juez deba contar con ciertas reglas que le permitan establecer cual de las partes ha de sufrir las consecuencias perjudiciales que provoca la incertidumbre sobre los hechos controvertidos de suerte, que el contenido de la sentencia resulte desfavorable para la parte que, no obstante haber debido aportar la prueba correspondiente, omitió hacerlo.” (p.450)

Las reglas sobre la carga de la prueba, en síntesis, solo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, indicando por un lado al Juez cual debe ser el contenido de la sentencia cuando concurre aquella circunstancia y previniendo por otro lado a las partes acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga.

Ricci (1971) dice:

> “Se tiene como regla general que el peso de la prueba recae sobre quien afirma el hecho y no sobre quien lo niega. No obstante entendemos que el principio regulador del peso de la prueba no debe plantearse en estos términos, no son del todo exactos. El peso de la prueba, a nuestro modo de ver no puede depender de la circunstancia de negar o de afirmar un hecho, sino de la obligación que se tiene de demostrar el fundamento de cuanto se pretende en juicio sino se demuestra. El principio por tanto regulador del deber de probar, debe formularse de este modo: quien quiera que sienta como base de una demanda o excepción.” (p.87)

La afirmación o la negación de un hecho está obligado a suministrar la prueba de la existencia del hecho, toda vez que sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el Juez no puede admitir demandas o excepciones infundadas. Ejemplo. Se supone el reclamo de una suma que cree indebidamente pagada. El fundamento de la demanda es la existencia de la deuda, que quien pagó creyó extinguir.

Pero ¿a quién incumbe probar? Al actor pagado, no sólo haber pagado sino haberlo hecho en forma indebidamente, por lo que debe probar no solo el hecho del pago sino la existencia de deuda alguna; puesto que de lo contrario su demanda carecería de uno de los principales fundamentos y no podría prosperar perfectamente ante el Juez.

Con este ejemplo se entiende que no es exacto el principio de que incumbe la prueba a quien afirma y no a quien niega. La regla es por eso exacta cuando el demandado se limita simplemente a negar los hechos afirmados en la demanda. Lo mismo puede decirse de su complemento reus in excipiendo fit actor ya que el demandado puede encontrarse, respecto de su pretensión en la misma posición que el demandante.

Ahora bien, la primera parte del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, establece; “las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho”, la segunda parte de dicha norma, que ratifica el texto del art. 1354 del Código Civil dispone: “Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla…”.

Haciendo referencia al contenido de la obra sobre prueba de Rocha (1951), el autor deja establecidas tres (3) reglas que informan la carga de la prueba, a saber;

- Onus probandi incumbit actori, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción.

- Reus Incipiendo, fit actor, o sea que el demandado cuando se excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su tiempo los hechos en que funda su defensa.

- Actore non probandi, reus absolvitur, es decir, que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.

Asimismo, señala este procesalista colombiano que el actor debe probar ante el Juez y con audiencia del demandado y que a su vez constituyen un derecho a favor de aquél, o sea, de quien la alega y que a su turno el demandado ha de probar las excepciones que enervan, el derecho del actor. Se trata de probar los derechos, mas no precisamente las obligaciones. Además, la materia u objetivo de la prueba son los hechos porque el derecho alegado debe nacer de los hechos.

Por su parte Carnelutti (1955), resume su posición de la siguiente manera;

> “Quien propone su pretensión en juicio debe probar los hechos que la sustenten; y quien opone por su parte una excepción, debe probar los hechos de que resulta, en otros términos, quien pretenda debe probar el hecho o hechos constitutivos y quien se excepciona, el hecho o hechos extintivos, así como la condición o condiciones impeditivas.” (p.224)

Puede decirse de acuerdo a lo analizado que, la regla de la carga de la prueba grava a quien le interese hacer valer su derecho en el proceso con la prueba de los hechos que constituyen su fundamento; mientras que quien opone o excepciona la ineficacia de tales hechos o bien que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los cuales la excepción u oposición se fundamenta.

Analizada la situación que se le presenta al Juez ante la ausencia de un resultado probatorio cierto, no puede abstenerse de emitir un pronunciamiento que concretamente actúe o deniegue la actuación de la pretensión procesal, y es imposible que pueda obviar tal decisión con fundamento en la incertidumbre por falta o insuficiencia de prueba. De allí que el Juez deba contar con ciertas reglas que le permitan decidir y establecer cual de las partes sufrirá las consecuencias que emanan de la incertidumbre sobre los hechos controvertidos. En síntesis, las reglas sobre la carga de la prueba, solo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios, susceptibles de fundar la convicción del Juez, previniendo también a las partes del riesgo que corren en caso de no cumplir con la respectiva carga.

1.4 Las Prueba en el Derecho Procesal Civil Venezolano

El Derecho a la Defensa se encuentra debidamente establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela específicamente en lo

contenido del Artículo 49, así como la asistencia jurídica, considerándolos como derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso, precisa que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se la investiga de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer la defensa.

Tal norma constituye la garantía fundamental en materia probatoria y considera como nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Se debe conocer que el proceso, tal como lo defme Bello (1991,p.5): es la forma jurídicamente regulada de la protección del De igual manera el precitado autor considera los actos del proceso divididos en:

- El de las alegaciones.
- El probatorio.
- El decisorio.

Siendo el probatorio uno de los actos del proceso, se considera el concepto de prueba definido por autores en la forma siguiente: para Carnelutti la prueba es un equivalente sensible del hecho que habría de valorarse; Goldschmidt estima que es un conjunto de actos de las partes que tienen por fin, convencer al Juez acerca de la verdad de la afirmación de un hecho; de igual manera Manojo la define como un hecho cierto y conocido del cual se deduce otro hecho acerca de cuya existencia hay alguna controversia entre las partes.

Es por ello que se considera la prueba como lo que va a ser materia de la actividad probatoria, o sean los hechos o motivos de la contradicción y que han de ser probados, partiendo de la idea de la verdad, la cual en reiteradas

oportunidades confunde al estimar que existen diferentes verdades, tales como la procesal y la llamada verdad verdadera, pero que en realidad es una sola, la verdad.

Sobre el particular se considera lo pautado en el contenido del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela (1986):

> “Los jueces tendrán por norte de sus actos, la verdad, que procura conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas de derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe 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 (...)”

El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. Calvo (2000), considera que el artículo en referencia recoge el principio de la verdad procesal mediante el cual se les ordena a los Jueces tener por norte de sus actos, la verdad, porque mal podrán administrar justicia y ejecutar lo justo, si su decisión no se basa en la verdad, si no logran conocer con certeza los derechos de las partes litigantes. Se pregunta:

¿Cómo escudriñar la verdad y cuál es la que deben descubrir?; ¿La verdad que resulte del proceso o la verdad absoluta? En atención a tales interrogantes, Borjas considera que la verdad no es sino una, es natural que la verdad absoluta y la procesal son idénticamente una misma y los jueces deben en consecuencia aspirar a que de autos aparezca lo verdadero, lo real, sin que a ellos les toque descubrir personalmente otra cosa diferente a la que arrojen los autos, pues la única verdad para el juez es la procesal, la que resulte de los alegatos y de las probanzas constantes de autos. Así

mismo, Calvo y Borjas expresan que el magistrado para llegar a lo cierto, no puede salirse de los límites de su oficio y no debe obrar con espontánea actividad sino en los casos de excepción, limitándose a hacer practicar los pedimentos de las partes y atenerse a sus alegatos y pruebas.

El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela recoge, igualmente, el principio de la legalidad, el cual consiste en que las autoridades no tienen más facultades que las que le otorgan las leyes, y que sus actos son únicamente válidos cuando se funden en una norma legal y se ejecuten de acuerdo con lo que ella prescribe, sin descartar que las facultades y los poderes de los cuales gozan las autoridades pueden estar contenidos en la Ley expresamente o de una manera implícita, debiendo en el último caso inferirse necesariamente de ella y no proceder de una interpretación falsa o maliciosa de su texto.

Es así como se diferencia a la prueba de los medios de pruebas, tal como lo expresa Rocco, citado por Bello (1991) que: Las pruebas judiciales son las razones o motivos que sirven para llevarle al Juez la certeza de los hechos: en tanto que los medios de prueba, deben considerarse los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el Juez, que suministren esas razones o motivos. Igualmente, en Venezuela lo contenido del artículo 506 del Código Procesal Civil el cual establece las partes que tienen la obligación de la carga de la prueba el citado artículo establece: "Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones del hecho. Quien pide la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretende haber sido liberado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación".

En forma general, la Prueba tiene lugar en el estudio del Derecho Civil por motivo de su íntima relación con la finalidad última del derecho y de la

importancia de su relación práctica, debiendo establecerse cuál es la prueba que incumbe a cada una de las partes en litigio y las admitidas por la Ley, para determinar los medios prácticos procesales de su administración ante los tribunales. Para los efectos del establecimiento de la verdad, tal como se consideró en lo atinente a los actos del proceso (alegatorio, probatorio y decisorio) se requiere de igual forma el conocimiento del hecho controvertido

Siendo así como Carnelutti (1982, p.15) expresa que entre los hechos no afirmados por ninguna de las partes, hechos que no existen para el Juez, y los hechos afirmados por todas las partes, que para él existen sin más, se encuentra la zona neutra de los hechos afirmados tan solo por una o alguna de las partes, es decir, hechos afirmados pero no admitidos que pueden existir o no, los cuales son llamados hechos controvertidos que constituyen la regla en materia de prueba. Ante tal situación, según Carnelutti, el Juez se encuentra frente a la afirmación de una parte y a la negación de la otra, es decir, ante la discusión de un hecho y se hace necesario proporcionarle el medio o indicarle la vía para resolver la discusión, o sea para fijar en la sentencia el hecho no fijado por las partes.

Tal criterio no consiste en la concepción de una carga de la afirmación, siendo cierto que si la no afirmaron del hecho impide la fijación del mismo en la sentencia, el peso de la no afirmación recae sobre la parte que tiene derecho en dicha fijación, de ahí que Carnelutti considera como lícito hablar, con una metáfora, de carga de la afirmación, del mismo modo en el cual se habla de carga de la prueba, pero sí consiste, en cambio, en concebir una distribución de la carga de la afirmación paralela o análoga a la carga de la prueba o inclusive en descomponer la carga de la prueba en carga de la afirmación y carga de la prueba.

Queda establecido así que la prueba es la acción y el afecto de probar, probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho la verdad de una afirmación. La prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente a la exactitud o inexactitud de una proposición. De igual manera se considera, desde el punto de vista jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación.

La prueba civil es comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en la el juicio. Los problemas de la prueba consisten en saber qué es la prueba; qué se prueba; quién prueba; cómo se prueba; qué valor tiene la prueba (sistemas de valoración de la prueba). Tomada en su sentido procesal la prueba es, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. La prueba civil no es una averiguación, el juez civil no conoce por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes, en diferencia el juez del orden penal si es un buscador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos y esto tiene su razón en el carácter de orden público de los hechos que este conoce.

La regla general en el proceso civil es que si el demandado se allana o por lo contrario contradice los términos de la demanda, que es cuando se traba la litis y se habré a pruebas el juicio para llegar a dictar sentencia. También se debe considerar que los juicios de hecho dan lugar a prueba, los juicios de puro derecho no. Agotada la etapa de sustanciación, directamente se cita para sentencia. Regularmente el derecho no es objeto de prueba; sólo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio.

Conforme a lo expuesto en el presente Capítulo, existe un estrecho vínculo entre la regla general de que el derecho no es prueba y el principio general

que consagra la presunción de su conocimiento; no tendría sentido la prueba del derecho, en un sistema en el cual éste se supone conocido. El conocimiento, se ha dicho, trae la obligatoriedad de la aplicación de la norma, como la luz proyecta la sombra del cuerpo. La reglas eran inversas en el derecho griego primitivo, en el cual el juez sólo podía aplicar la ley invocada y probada por las partes.

Otra excepción es la que surge de aquellos casos en los cuales la costumbre es fuente de derecho. La parte que apoya su derecho en la costumbre debe ser diligente en producir la prueba de esta. Pero si no lo hiciera, el juez puede aplicar a la costumbre según su conocimiento particular u ordenar de oficio los medios de prueba tendientes a tal fin Una tercera excepción al principio de que le derecho no es objeto de prueba, es la que se refiere al derecho extranjero. Se presume conocida, con arreglo al principio ya enunciado, tan sólo la ley nacional y con relación a todos los habitantes del país.

Pero ninguna regla presume conocido el derecho extranjero. La existencia de ese derecho no tiene para el juez la accesibilidad y la comprobación perentoria del propio. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la ley extranjera puede ser objeto de prueba cuando resulta controvertida. Sin embargo según el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo 1889, el derecho de los países signatario no necesita ser objeto de prueba, basta con que el juez se ilustre respecto de él, y lo aplique sin necesidad de prueba.

Sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba, esta conclusión se apoya en al norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga, y las que no le pertenezcan serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Los asuntos sobre que se litiga son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias

en los escritos de las partes. De igual manera se considera que no necesitan prueba los hechos sobre los cuales recae una presunción legal. Una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario se dice que es relativa, si no admite prueba en contrario se denomina absoluta. Ni las presunciones legales ni las judiciales son medios de prueba. El hecho presumido no necesita prueba, no es objeto de ella. Tampoco lo es le hecho objeto de una ficción legal.

Quedan también fuera del objeto de la prueba los hechos notorios, siendo así como el concepto de notoriedad no puede tomarse como concepto de generalidad, un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todos. Objeto de prueba es su existencia o inexistencia de la misma. Tal como se ha expuesto, la teoría del objeto de la prueba procura, señalar cuáles son las proposiciones de las partes que deben probarse y cuáles no requieren demostración. El precepto complementario en materia de objeto de prueba es el de que se bien sólo requieren demostración los hechos controvertidos y no se admitirá prueba, en ningún caso, sobre los hechos que no son objeto de ella, las que no pertenezcan al litigio serán irremisiblemente desechadas de oficio al dictarse sentencia.

CAPÍTULO II
DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

2.1. Naturaleza de la Distribución de la Carga de la Prueba

Es conveniente significar que el Código de Procedimiento Civil Venezolano, distribuye la prueba entre las partes como una carga procesal cuya intensidad depende en gran parte del interés que se tenga, es decir, que si la parte actora quiere triunfar en su pretensión, deberá probar los hechos alegados como fundamento de su acción; en tanto que el demandado por su parte, de acuerdo al interés que tenga en el proceso deberá destruir, demostrar o probar el hecho que la extingue impide o modifique aquella pretensión del actor.

Es lo que sustancialmente se interpreta del art. 506, cuando pauta: “Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho...” La doctrina en una constante preocupación por darle a la carga de la prueba una exacta definición y ubicación en el campo procesal han emitido diferentes criterios al respecto.

Al respecto el Dr. Pierre (1980), comenta que:

> “Al atribuir la carga de la prueba, la doctrina moderna atiende a la condición jurídica que tiene en el juicio el que invoca el hecho enunciado, y no a la cualidad del hecho que se ha de probar. En efecto, quien quiera que sienta como base de su acción o de su excepción, la afirmación o negación de un hecho está obligado a suministrar la prueba de la existencia o de la no existencia del hecho, toda vez que sin esta demostración la demanda o excepción no resulta fundada. No es hoy admisible como norma absoluta la vieja regla jurídica conforme a la cual los hechos

> negativos no pueden ser probados, pueden ser por hechos o circunstancias positivas contrarias.” (p.188)

Según este comentario el Código Civil Venezolano cuando en su artículo 1354 pauta que “quien pida la ejecución de una obligación debe probarla…”, no da el concepto ni regula sistemáticamente la carga de la prueba, pero la casación ha señalado que este precepto legal, no es más que la aplicación de la regla *onus probandi in cumbit actoris, sed reus in exceptione fic actor,* con lo cual se quiere decir que el actor debe en principio, probar la existencia de la obligación alegada por él, siempre que el demandado no alegue algo que lo favorezca.

En este último caso, la prueba debe ser hecha por éste; y no sólo cuando se trata de la extinción de la obligación, que es lo previsto en el segundo caso del texto legal contemplado, sino también cuando se alegue un hecho modificativo y aún impeditivo de la misma, pues en estos últimos cobra vigencia el otro principio doctrinario que complementa a aquel onus probandi ei qui dicit. Es decir, para el nombrado procesalista, la carga de la prueba viene a ser una obligación que surge de su acción o excepción, puesto que éstas no resultaran fundadas sin la prueba correspondiente.

Para Micheli (1970):

> “La regla de la carga de la prueba grava a quien quiere hacer valer un derecho en juicio con la prueba de los hechos que constituyen su fundamento, mientras quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los cuales la excepción se funda. Existe carga cuando un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; quedando la parte contraria en libertad de organizar la propia conducta como a bien lo tenga, lo que por razones obvias, en

> determinadas oportunidades resulta contrario a lo previsto por la ley". (p.93)

Para el citado procesalista, la carga de la prueba viene a ser un poder o una facultad de obrar libremente, en la búsqueda de un beneficio propio cuya abstención no comporta ni coacción ni castigo alguno. Esta teoría es acogida también por el Dr. Bello (1966) en su texto Tratamiento de los Medios de Prueba en el Código de Procedimiento Civil Venezolano, cuando expresa: "la carga de la prueba es una facultad esencialmente potestativa referida al interés del litigante y redundará en gestión en su propio beneficio o utilidad". (p.118)

La forma de probar, se concibe en un sentido lógico, que toda la actividad que desarrollan en el juicio las partes y el juez, se realice de manera libre, es decir, como una aportación de pruebas absolutamente abierta en cuanto a su forma y desenvolvimiento.

Comenta al respecto, el Dr. Couture (1966):

> "La tesis de que la teoría de la eficacia de la prueba pertenece al derecho civil, corresponde a una concepción privatista del proceso, pero esa tesis que mira él problema desde el punto de vista de las partes, olvida que la prueba es tanto como una actividad de los litigantes, un instrumento de convicción del Juez". (p.258).

La prueba se hace más incierta a medida que van penetrando entre el juez y los motivos de prueba los elementos intermediarios. La firmeza absoluta de la inspección judicial, sin más errores que los que son connaturales a los sentidos del hombre, se debilita cuando es menester acudir a la representación o a la deducción de los hechos. En la prueba por

representación, el documento es el más eficaz, porque el intermediario queda reducido tan sólo a la conversión del hecho en cosa; pero esa conversión se realiza normalmente con deliberada atención y los documentos se redactan con el propósito de que reproduzcan con la mayor exactitud posible lo que se desea representar.

El Dr. Bello (1966) dice que:

> “Diversas teorías han sostenido notables estudiosos en el propósito de estudiar la naturaleza jurídica en sí de la carga de la prueba. Las más importantes son: a.- la sostenida por Rocco y Bonnier, quienes establecen que en toda obligación se da por parte del actor un marcado interés de que aquella sea cumplida puesto que le comporta un beneficio y en la carga ese interés está concentrado en quien la soporta, pues su actividad le será favorable en dicho sentido; de aquí que la noción de la carga está en la titularidad del interés que existe en su cumplimiento. Por su parte, Carnelutti y Fenech no la consideran como una obligación sino como una relación jurídica pasiva, como un acto jurídicamente necesario, pero en interés propio, cuya inejecución, siendo ilícita, acarrea una solución económica”. (p.101)

Con respecto a esto, la carga de la prueba viene a ser como un poder, como una facultad de obrar libremente en beneficio propio, pudiendo la parte abstenerse de hacer la debida aportación, sin que esto comporte coacción ni sanción, y sin que nazca derecho a la contraparte de exigir su requerimiento. En igual forma el procesalista Carnelutti (1955) da a la carga un sentido pasivo colocándola al lado de las obligaciones en el grupo de las relaciones jurídicas pasivas, pero con caracteres propios que no permiten su confusión.

Asimismo Devis (1981) establece una radical separación entre carga y obligación, al asignarle a la carga un carácter de relación jurídica activa,

como poder o facultad en sentido amplio, libre de coacción y de sanción no exigible por otra persona, pero conforme a esa libertad con la importancia que para el sujeto tiene esa observancia.

Del análisis doctrinal practicado se observa que la carga de la prueba es una mera facultad o potestad para ser ejercitada en forma voluntaria por el interesado, que su no cumplimiento le acarrea efectos desfavorables. Esta carga de probar constituye una regla para quien le toque juzgar, puesto que le indicará al Juez como debe fallar cuando los hechos alegados no han sido probados debidamente, ya que el juzgador no podrá dejar de hacerla en ausencia de prueba, por imperativo del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil Venezolano, el cual pauta que

> "Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciará a favor del demandado y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma (…)" (p.52)

Plena prueba es aquella probanza que proporciona al Juez la convicción sobre el hecho a probar sin verse en la necesidad de recurrir a otras. También es conocida como completa o perfecta ya que demuestra sin ninguna duda la verdad del hecho controvertido en una causa, e instruye suficientemente al Juez para que pueda decidir, bien sea condenando o absolviendo. La sentencia debe contener decisión positiva, expresa y precisa, enmarcada dentro de la pretensión deducida y las excepciones opuestas, en consecuencia, la decisión del Juez debe ceñirse a lo alegado y probado en autos.

Por lo tanto la naturaleza de la carga de la prueba es una facultad de obrar libremente, sin obligación ni coacción, es una facultad esencialmente potestativa, referida al interés del litigante la cual redundará en gestión de su propio beneficio o utilidad.

2.2. Distribución de la Carga de la Prueba

La distribución de la carga de la prueba ha sido un tema que ha dado motivos a infinidad de discusiones entre los tratadistas, por la complejidad que presenta y se han esgrimido varios principios para fundamentar las tesis sustentadas; según el derecho romano, establece: necesitas *probandi incumbit, ei qui agit, el incumbit probatio qui dicit non qui negat; afiratinon neganti incumbit probatio negatinon sunt probanda*. Sin embargo estos principios han venido siendo rechazados por considerarse insuficientes, luego de los análisis y las opiniones formuladas por tratadistas modernos.

El Código Napoleónico estableció, que todo quien reclame incumplimiento de una obligación debe probarla y recíprocamente, el que se deja libre de ella debe justificar su pago o el hecho productor de extinción. En el mismo sentido ha sido tomado por muchas legislaciones y tanto la jurisprudencia como la doctrina la han ido adaptando a las realidades del proceso.

Según opinión de Palacios (1988):

> “Durante largo tiempo gozó de aceptación el criterio en cuya virtud del problema atinente a que la distribución de la carga de la prueba debía resolverse sobre la base de la posición asumida por las partes en el proceso, fundamentalmente, dicho criterio se enunciaba mediante la fórmula de que el actor debe probar su extinción y el demandado sus defensas (*onus probandi incumbit actori o neccesitas probandi*

> *incumbit ei qui agit, o actore non probante reus absolvitur*, con respecto al actor, y *reus in excipiendo fit actor*, con relación al demandado).” (p.364)

La tesis procedente adolece de insuficiencia para explicar numerosas situaciones que pueden presentarse en materia probatoria resulta aplicable, por lo pronto, cuando en virtud de mediar una presunción legal favorable a cualquiera de las partes, se opera el correlativo desplazamiento de la carga hacia un adversario. Por lo demás, no todos los hechos que sirven de fundamentos a una pretensión o a una excepción son susceptibles de prueba.

Vinculado a este criterio, se halla el principio según el cual la carga de la prueba recae sobre la parte que afirma y no sobre la que niega (ei incumbit probatio qui dicit , non qui negat). Literalmente interpretada esta fórmula puede, por un lado hacer desprender la actividad probatoria de la simple forma asertiva en que se introduzca una alegación procesal (lo que es inaceptable) y por otro lado induce en el equívoco de que los hechos negativos se hallan exentos de prueba (cosa inexacta).

Del mismo modo se considera la tendencia doctrinaria a dividir los hechos en constitutivos, impeditivos o invalidativos y extintivos gravando normalmente con la carga de la prueba de los primeros al actor y de los restantes al demandado. Además también se le crítica a esta teoría el defecto de gravar irremediablemente al demandado con la carga de la prueba de los hechos impeditivos y extintivos; y de no advertir por lo tanto que en muchas hipótesis este tipo de hechos es afirmado por el actor como fundamento de una pretensión.

No obstante, esa crítica es desvirtuada por la opinión sustentada de diversos autores en el sentido de que los hechos constitutivos impeditivos y

extintivos pueden ser indiscriminadamente alegados por cualquiera de las partes en la medida en que ellos sirvan de apoyo a sus posturas procesales. Tampoco es acertada esta crítica por las dificultades que se oponen a un nítido deslinde conceptual entre los tres referidos tipos de hechos. Así mismo conduciría necesariamente a la formulación de sucesivas clasificaciones de los hechos controvertidos que en última instancia complican excesivamente la solución del problema de la distribución de la carga de la prueba.

Un gran sector de la doctrina se inclina a darle solución al problema, atendiendo a la posición en que se encuentran las partes. Sobre esto al respecto válgase la opinión de De La Oliva y Fernández (1988), quienes sostienen:

> “Hay reglas de distribución de la carga de probar y cabe formular razonablemente esas reglas porque la prohibición del non liquet, de abstenerse de dictar sentencia, no rige sólo para casos en que el derecho no aparezca claro, sino para cuando son hechos relevantes los que, tras la prueba, permanecen en el ámbito de la duda” (p.276).

De acuerdo al criterio de este autor, es preciso determinar a quien perjudicará el carácter finalmente dudoso de un hecho relevante o quien debe soportar el fracaso de la prueba de un hecho. No es que a esta cuestión se responda diciendo: la falta de prueba de un hecho perjudicará a la parte a quien corresponda probarlo, esto es, a quien tuviere la carga de la prueba formal. Lo que en realidad ocurre es mediante la determinación de a quien es razonable que perjudique, al final del proceso, a la hora de dictar sentencia, la falta de certeza sobre un hecho (carga de la materia). Se determina a quien le corresponde probarlo.

Sobre la base del mismo comentario del autor antes mencionado, el problema de la distribución de la carga de la prueba hay que abordarlo desde el punto de vista teleológico, teniendo en cuenta el fin del proceso. El criterio ordenador de la distribución de la carga de la prueba debe establecerse con vista a la vivencia de estimular a la prueba, a aquella de las partes que se encuentre en mejores condiciones de lograrla y con sujeción a la regla de experiencia que establezca en cuál de ellas concurre dicha circunstancia. Sólo de este modo, la carga de la prueba constituye un instrumento eficaz para alcanzar el fin del proceso.

Según el artículo 1354 del Código Civil venezolano ya comentado, se distribuye entre las partes la carga de la prueba, siguiendo el criterio de establecer las condiciones de la existencia de una determinada relación de hecho que, una vez demostrada plenamente, hace surgir derechos y obligaciones a favor y a cargo de las personas del litigio. De ahí que el actor o demandante al acudir a los órganos judiciales, pretendiendo que se aclare la existencia de una terminada obligación a cargo de su adversario o demandado, deba probar su acierto demostrando plenamente las condiciones específicas constitutivas, que requieren el derecho correspondiente.

Es por esta razón por lo que si el demandado niega que si existe tal obligación, deba demostrar su negatividad como quiera que ella contiene implícitamente la afirmación de otro hecho distinto; el pago hecho que por aseveración debe demostrarlo. Pretender otra solución equivaldría a desconocer el orden social, el orden jurídico, la equidad y hasta la justicia. Toda esta afirmación pone de relieve la trascendencia de esta cuestión en la doctrina y en la legislación. Resulta tan difícil como formular de un modo general y completo el principio de la carga de la prueba, es el de dar justificación general del mismo. En la distribución o reparto de la prueba

influyen, prácticamente razones de oportunidad y, sobre todo, el principio de la igualdad de las partes, que aconseja dejar a la iniciativa de cada una de las partes en cada etapa está interesada en que sean sus hechos tenidos por el Juez como verdaderos.

Las partes con respecto a la norma jurídica cuyos efectos le son favorables en cada caso concreto; sin interesar la consideración de actor o demandado de las partes, no la naturaleza del hecho sino los presupuestos fácticos de las normas jurídicas: a cada parte le tocará probar las menciones de hechos contenidos en las normas con cuya aplicación aspira determinado beneficio.

Por lo tanto, las partes tendrán que probar los hechos afirmados en sus alegaciones procesales con prescindencia de que se trate de hechos positivos o negativos obviamente, siempre que no hayan sido admitidos por la otra parte, quedan excluidas implícitamente de la actividad probatoria a las meras negaciones que se traducen en el desconocimiento de los hechos alegados por el adversario, y que no deben confundirse con los hechos negativos.

La distribución de la carga probatoria requiere la existencia de compatibilidad entre los presupuestos de hecho contenidos en las normas de las cuales las partes persiguen la obtención de un efecto jurídico favorable. Para fundamentar esta posición el actor debe interponer una pretensión de resolución de un contrato, invocando una norma; y el demandado se limita a negar la existencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hayan determinado la onerosidad excesiva de la prestación a cargo del primero, formula una simple negación que lo libera de la carga de la prueba, incumbiendo en cambio ésta a su adversario.

Si por el contrario, como primer caso; el demandado invoca a su favor la existencia de un estado de hecho totalmente incompatible o irreconocible con el presupuesto de la norma invocada por el actor (culpa o mora). En el segundo caso, el demandado si bien introduce al proceso nuevos presupuestos de hecho (culpa o mora del actor) estos no resultan incompatibles con los presupuestos de hecho mencionados por la norma invocada por su contrario (existencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hicieron onerosa la prestación contractual a cargo de este último). Podría decirse que para la distribución de la carga de la prueba debe mediar la incompatibilidad entre los efectos jurídicos que ambas partes persiguen, pero no entre los presupuestos fácticos a que se halla condicionada la producción de dichos efectos.

La necesidad de probar incumbe al actor (necesitas probandi *incumbit actori*), o al que demanda (*ei qui agit*) y consecuentemente se sentó la regla de que el demandado hace de demandante cuando propone sus excepciones (*reus in excipiendo fit actor*). Son reglas insuficientes porque sobre el demandado recae también la carga de probar en determinados casos. Tampoco es conveniente la regla de que incumbe la prueba al que afirma y no al que niega (*ei incumbit probatio*) con sus máximas análogas a los que afirman y no a los que niegan les corresponde probar (*afifmati non negati incumbit probatio*) y los hechos negativos no hay que probarlos (*negativa non sunt probanda*).

En efecto las alegaciones negativas o negaciones pueden y deben en muchos casos ser objeto de prueba aunque sea por medio de otros hechos positivos. De lo que se deduce que cada parte debe probar los hechos que integran el supuesto contenido en la norma jurídica que cada quien pretenda sea aplicada como fundamento jurídico de la pretensión que al efecto formule.

En tal sentido Rosemberg (1981), expone:

> “La distribución de la carga de las afirmaciones y prueba sobre la existencia de todos los presupuestos de las normas que le son favorables, porque éstas son favorables al actor o al demandado. El fundamento de la petición de la demanda es por lo regular una norma, la llamada norma fundamentadora del derecho o de la demanda, o conjunto de normas.” (p.225).

Sus efectos benefician al actor, y por ello la carga de la prueba de sus presupuestos, de los llamados hechos fundamentadores del derecho de la demanda, le corresponde a éste. Los efectos de la norma fundamentadora del derecho pueden ser anuladas o enervados mediante una denominada norma impeditiva, que los ahoga de raíz, o mediante una norma extintiva o suspensiva después de su nacimiento, estas normas, tienen por tanto efectos favorables para el demandado, que por eso soporta la carga de la prueba de sus presupuestos, los llamados hechos impeditivos, extintivos y suspensivos. La clasificación de las normas en una u otra categoría surge de su interpretación, la importancia de las normas sobre la distribución de la carga de afirmaciones y de la prueba es muy grande, se ha denominado con razón la columna vertebral del proceso.

El Dr. Bello (1966) al respecto sostiene:

> “Lo atinente a la distribución de la carga de la prueba es de bastante complejidad, habiendo sido motivo de arduas discusiones entre los tratadistas. Tradicionalmente se han venido invocando viejos principios del Derecho Romano *nescessitas probandi incumbit, ei qui agit, ei incumbit probatio negat non sunt probanda*, pero que han sido rechazados como insuficientes. Con todo fundamento puede

> afirmarse que en el reparto de la prueba influyen prácticamente razones de oportunidad y sobre todo el principio de la igualdad de las partes, que aconseja dejar a la iniciativa de cada una de ellas el hacer valer los hechos que desean ser considerados por el juzgador como verdaderos”(p.387).

Para este actor la carga de probar está determinada por la naturaleza de los hechos y no por el papel de actor o demandado, puesto que son situaciones puramente circunstanciales, y que dependen simplemente de quien haya exigido la tutela del estado o de sus órganos jurisdiccionales, Con respecto a este criterio y atendiendo el contenido de la norma establecida en el artículo 1354, se pueden esgrimir los siguientes principios:

- Si se pusiera toda la carga de la prueba al actor, no tendrá ninguna posibilidad de tiempo en la acción si el demandado al efecto le alegara numerosos hechos extintivos, lo que puede darse en el campo de las relaciones privadas.

- El demandado no es ajeno a cuestión que se debate y por ende conoce de los hechos en los cuales fundamenta el actor su pretensión y la defensa o excepciones que pueda alegar así como los medios probatorios que competen.

- En la distribución de la carga de la prueba se hace presente el principio de la igualdad de las partes en el proceso, en el sentido de que cada una debe aportar al proceso lo conducente; asimismo rige el principio contradictorio al tratarse de materia civil y en tal sentido las partes cuidaran de la verdad procesal por una sentencia justa.

De acuerdo con esto, en lo que toca a la distribución de la carga de la prueba, se trata de una materia compleja muy debatida. Son numerosas las

reglas o máximas creadas por la doctrina y por la jurisprudencia en un esfuerzo por simplificar el funcionamiento de este instituto procesal; desde la vieja y elemental regla general hoy rechazada unánimemente, según la cual el peso de la prueba recae sobre quien afirma el hecho y no sobre quien lo niega, hasta la moderna tesis que hace depender la carga probatoria del interés particular del litigante en demostrar los supuestos derechos de su acción o excepción.

El peso de la prueba no puede depender de la circunstancia de negar o de afirmar un hecho, sino de la obligación que se tiene de demostrar el fundamento de cuanto se pretende en juicio, puesto que ninguna demanda o excepción podrían prosperar en juicio sino se demuestran los supuestos derechos de su acción o excepción.

Concluyendo este aspecto puede decirse, que a cada parte corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, sin importar cual sea su posición en el proceso. Teniendo en consideración que cuando se trate de hechos presumidos, notorios o de carácter indefinido, tales hechos no constituyen presupuestos para que la norma jurídica surta su efecto jurídico, lo serían únicamente los demás hechos contemplados en ella.

2.3. El Juez frente a la Prueba en el Derecho Procesal Civil Venezolano

La prueba tiene una significación muy importante dentro de la acción procesal al considerar que el actor puede hacer prosperar cualquier petición, así como su no presentación por el demandado en un juicio durante el cual no comparece en el lapso legal para contestar la demanda puede acarrearle la confesión de hecho. El Juez cuenta con herramientas muy importantes dadas por la normativa vigente, siendo significativo el contenido del Artículo

509 del Código de Procedimiento Civil: "Los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del juez respecto de ellas".

La norma precitada establece el criterio legal para la admisión de las pruebas y en caso contrario se deriva la motivación que debe hacer para la inadmisión o tacha de la prueba considerando el respeto a la defensa y por ende al debido proceso. En tal caso, la in admisión a priori de una prueba puede viciar la sentencia por in motivación, o en otro caso el silencio de prueba. Estas circunstancias se ven favorecidas, en casos, por la ignorancia de las partes que pueden ser sumisos ante la autoridad del juez, pero priva el criterio de la experiencia y del conocimiento del derecho que ha de tener el juez durante la administración de justicia.

Se refirió en el presente punto lo relativo al principio dispositivos y una vez más se recalca su aplicación conforme a la norma establecida en el Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil donde se prevé que el Juez debe atenerse a lo probado y alegado en autos, lo cual permite apreciar en forma clara la participación del Juez en la fase cognoscitiva del proceso que podrá ser revisada por el Juez Superior, la cual casación puede conocer por vía de excepción.

En materia de derecho procesal se vislumbra la capacidad probatoria, y en tal sentido se conoce que no todo el que participa en el juicio puede probar. Acogiéndose a tal principio que legitima para la prueba con relación a la carga probatoria, pero también se encuentra legitimado el Juez haciendo uso de la potestad inquisitiva excepcional. Sobre el particular se ha previsto, de acuerdo a lo pautado en la normativa nacional que los jueces no pueden extraer elementos de convicción fuera de los insertados en autos, ni suplir

defensa ni argumentos de hecho no alegados ni probados, pero como ciertas disposiciones procesales, el Artículo 11 de la ley adjetiva civil contempla lo relacionado con la actuación oficiosa del juez cuando la ley lo autorice, o en pro del orden público, facilitando las potestades inquisitorias en materia probatoria.

Bajo tales argumentos se puede comprobar que no existe un sistema dispositivo puro, ni inquisitivo en lo absoluto, mostrando como realidad el caso de la norma contenida en el artículo 401 del Código Procesal civil referente a autos para mejor proveer, ya analizados en el presente trabajo. Los autos para mejor proveer tienen, entre otras, características especiales, la fijación en el mismo el término en el cual se cumplirá la diligencia ordenada, contra la cual no se oirá recurso de casación y podrá oírse observaciones de las partes en el acto de informes. Otra norma que permite conocer el alcance de la participación del juez en la prueba, la establece el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil que reza: "(…) La experticia no se efectuará sino sobre untos de hecho, cuando lo determine tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley o a petición de parte (...) ".

La experticia se considera como la aportación al juez de la opinión de personas expertas sobre la materia controvertida, cuya razón es la evidencia misma de que el juez no puede poseer todos los conocimientos científicos para apreciar los asuntos planteados en los litigios, por lo que se recurre a los expertos en la materia quienes tienen la responsabilidad de ilustrar al juez sobre el particular. Para autores como Carnelutti, la experticia se considera, no como una prueba en sí, sino un medio para obtener la prueba. La prueba es el hecho, sobre el cual los peritos lo aprecian y explica, distinguiéndose de la inspección judicial, de la testimonial y del juicio arbitral.

Se distingue la experticia de la inspección judicial en virtud de considerarse la inspección judicial como la constatación que hace el juez por sí mismo, de la existencia de los hechos que se debaten, mientras que los expertos a través de la experticia, determinan las causas y efectos de los hechos y las razones de orden técnicos que, en casos, pueden pasar como desapercibidas a primera vista.

Se distingue la experticia de la prueba testimonial en que: el testigo declara sobre los hechos que conoció con anterioridad al juicio, mientras que el experto lo hace sobre el hecho existente al momento de realizar la operación, el testigo es examinado, el experto examina, el testigo relata objetivamente los hechos, el experto tiene que hacer apreciaciones, el testigo proporciona al juez el conocimiento de los hechos, el experto ilustra al juez sobre los hechos comprobados.

El juez puede ordenar la reconstrucción de un hecho, debiendo asistir al experimento, pudiendo ordenar la ejecución a uno o más expertos, tal como lo establece el contenido del artículo 503 del Código de Procedimiento Civil, así mismo el juez, a pedimento de partes o de oficio pude disponer la ejecución de planos, calcos y copias, aún fotográficas, de objetos, documentos y lugares, entre otras, conforme a lo previsto en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil.

Puede, también el juez aplicar el principio mediante el cual se aspira la consagración de un proceso más ligero, conservando su misma estructura, lo cual trata sobre el favor probatorio, con lo cual se persigue una atenuación de las rígidas formalidades probatorias en caso de duda o de dificultad probatoria. De igual forma la participación del juez civil en la' prueba se aprecia en la carga probatoria, específicamente en lo que se conoce como las cargas dinámicas probatorias, imponiendo la prueba en aquellos que

estén en mejores condiciones para la probación del hecho controvertido, siendo evidente el caso de la culpa médica, cuando el actor que reclama, además de la acción penal, una indemnización por daños producto de una praxis médica considerada como mala por dicho autor, donde el mismo está imposibilitado física y técnicamente de cargar él solo con la prueba de su alegato, mientras que el médico y las enfermeras tienen mayor capacidad para la probación de lo que el juez les solicite.

En el referido caso de la culpa médica, que determina la carga dinámica de la prueba puede ser admitido por el juez por ser las pruebas comunes y se requieren evidencias independientes de quien las aporte que deriva o no de una carga o de la inversión de la misma. La no probación por parte del actor que demanda puede colocarlo en desventaja y puede llegarse a la creación de las presunciones *hominis* de culpa contra la parte que debía probar atendiendo a su mejor condición y no procedió.

El juez en todo caso debe, conforme a la normativa vigente, velar por el respeto de las garantías mínimas que debe seguir todo proceso, adoptando posturas inmediatas ante posibles contradicciones innecesarias o peligrosas para la seguridad y estabilidad de los juicios y en definitiva, para el mantenimiento de la paz social, después de marcada la verdad procesal, lo cual se ha venido modificando para llegar a la verdad natural, después de estudiada la verdad histórica, considerada como la que procura la realidad de ciertos hechos, de ciertos acontecimientos realizados en el tiempo y en el espacio.

2.4 El Onus Probandi en el Derecho Procesal Civil Venezolano

Dentro de la categoría más amplia de cargas procesales, la cara de la prueba aparece como el imperativo que pesa sobre cada litigante de

proporcionar, con su iniciativa y actividad, la prueba de los hechos controvertidos. Se trata, de probar o sucumbir, ya que en caso de falta o insuficiencia de prueba el juez al sentenciar habrá de resolver la litis en contra de quien re caiga la carga y no la cumplió. De allí la importancia de que las reglas sobre adjudicación de la carga de la prueba sean conocidas con antelación al proceso.

Sin embargo cuando se incorpora al juicio prueba suficiente la cuestión no resulta tan gravitante porque se decide en base a todos los elementos allegados, por aplicación del principio de adquisición procesal, prescindiendo de qué parte fue quien la proporcionó. Mientras algunos autores han sostenido que la carga es una facultad-deber sin sanción propia una suerte de limitación o gravamen sobre la libertad, otros señalaron que debe atenderse a la posición sustancial de las partes respecto de la acción y las excepciones y no a la posición procesal de las mismas.

Carnelutti distinguió entre obligación y carga; en la primera se impone un vínculo de voluntad para la tutela de un interés ajeno y en la carga para la de un interés propio, la que actúa como función de estimulo de la actividad procesal de las partes.

Sin embargo fue Goldschmidt quien clasificó los imperativos jurídicos en obligaciones, deberes y cargas según se fijen en interés del acreedor, de la comunidad o en el propio explicando que las cargas son situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal; se trata de imperativos del propio interés, estrechamente vinculados con las posibilidades procesales.

El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, grava) y la más grave culpa frente a si mismo es la de haber perdido la ocasión. Melendo añadió

que más que intereses protegidos jurídicamente lo que hay es conveniencia para la parte ya que la carga, en cuanto peso, esfuerzo o trabajo, es el precio de la libertad porque ella termina donde empieza el deber jurídico del juez de actuar en beneficio de todas las partes y de la justicia.

Para Couture la carga de la prueba no es ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio interés; es una circunstancia de riesgo que cosiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el litigio. Ha quedado entonces, evocado la reconocida trascendencia práctica y dogmática del tema; el litigio se gana o se pierde en base al cumplimiento por el litigante de esta carga procesal.

Desde la antigüedad se vienen formulando distintas reglas para determinar sobre en quien recae el *onus probando.* Con esa finalidad se ha sostenido que la carga probatoria le corresponde a:

- Al actor, o que se le adjudica al que afirma o a quien se excepciona.

- Al que depende de los hechos según sean constitutivos o extintivos, normales o anormales, o que se trate de hechos que pretenden innovar en la posición de su adversario

- Recae en quien alega los presupuestos fácticos de las normas jurídicas

- Se distribuye según las posiciones de las partes respecto al efecto jurídico perseguido

- Recae en autor o demandado según el principio de las cargar probatorias dinámicas o de la efectiva colaboración en base al principio de solidaridad

La carga de la prueba es uno de esos temas del derecho procesal donde suelen explicarse teorías y derivaciones jurisprudenciales que no alcanzan o esclarecen el problema de la verdad de los hechos en un conflicto determinado. Se presenta como una cuestión de intereses, obligaciones o cargas; donde quien afirma debe probar, porque si no lo hace, opera una consecuencia negativa para el remiso que es la delegatoria de su pretensión por falta de pruebas.

La carga de la prueba supone siempre a encontrar dos aspectos; por un lado, quienes son los sujetos que han de demostrar o verificar, y por otro, cuales son las consecuencias de la ausencia o escasa producción de pruebas. Pues bien, como no esta totalmente claro en el sistema procesal qué hechos son motivo de prueba, la doctrina suele asignar a la cuestión de la carga dos caminos diferentes. La carga objetiva, que significa precisar el interés del objeto a demostrar, esto es que no señala el deber de probar de quien alega, sino la carga de verificar un hecho determinado por quien tiene interés por confirmarlo, por otro lado esta la carga subjetiva, la que se vincula en el otro sector, con la falta de prueba y la decisión consecuente que ha de tomar el juez ante el hecho incierto.

Sin embargo, mantener en estas bases la cuestión de la prueba, supone despojar al proceso de la vida que reflejan las realidades de las conductas y las circunstancias que en su desarrollo suceden. Por eso resulta imprescindible valorar otros aspectos, como el comportamiento de las partes en la actividad necesaria para despejar la incertidumbre, la cuestión de la disponibilidad efectiva de los medios de prueba y también, la colaboración que entre las partes se presenten para logar determinadas confirmaciones.

Como la carga es también una cuestión de riesgo que asume el mismo interesado, si logra probar sus alegaciones se quita el peso de encima, en

definitiva, el *onus* latino o el *onere* italiano, son traducciones de peso; pero si es deficitaria su actividad, sus dichos quedan sospechados y es lógico que el juez no responda a sus pretensiones.

Para el demandado, la simple negativa le basta para cubrir un aspecto formal del emplazamiento a contestar una demanda; pero se ha comprobado cómo esta actitud remisa se sanciona en la actualidad, demostrando que en la carga de la prueba existe también un principio de orientación que decide la suerte de todo proceso para quien contribuye al esclarecimiento de una situación de hecho o de derecho.

Se considera como un hecho bastante complejo la distribución de la carga de la prueba, teniendo antecedentes como el caso conformado en la normativa del Código Napoleónico, en el cual se estableció (Artículo 1315), que todo quien reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla, y recíprocamente, el que se diga libre de ella debe justificar su pago o el hecho productor de la extinción.

La carga de la prueba no en cabeza de quien le conviene la prueba del hecho, sino que dentro del universo señalado, la impone con criterio de solidaridad, al más inteligente, al más cualificado, a quienes se encuentran en mejores condiciones de conocimientos técnicos, pudiendo así, en el caso de la culpa médica, exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos es más fácil y práctica, de haber actuado con eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas para las circunstancias propias al caso concreto, lo cual ha de permitir al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

Es así como se presenta una situación que taxativamente no contempla la legislación venezolana, ni la de otros países latinoamericanos, pero que llevan a lo que se conoce como Las Cargas Probatorias Dinámicas, particularmente concebidas en la Legislación Española y que sirven de doctrina para su aplicación en casos, como el referido de la culpa médica y en materia de derecho laboral.

Es así como en el año 2000 España aprueba la Ley de enjuiciamiento civil cambiando el paradigma de la carga de la prueba que había regido por siglos el proceso judicial civil español distribuyendo entre los litigante s la carga de probar tomando como inicio la facilidad que cada una de las partes aporten las pruebas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos y al respecto el articulo 217 numeral 6 de La Ley de Enjuiciamiento Civil Español expone: "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". De la anterior cita se puede resaltar la distribución de la carga probatoria corresponde a quien este en mejor condiciones para hacerlo.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS E IMPORTANCIA QUE ORIENTAN LA CARGA DE LA PRUEBA

3.1. Principios Básicos que Orientan la Carga de la Prueba

Es conveniente significar que no existen sistemas puros y la prevalencia que en el procedimiento se asigne a uno respecto de los otros, depende de la posición en que la Ley coloque las partes frente al Juez de acuerdo al modo como se conciba la función jurisdiccional. Son pocos los casos en que el Juez actúa de oficio como por ejemplo, medidas para mejor proveer, interrogando a las partes y a los testigos entre otros, sobre todas las circunstancias que sean conducentes para escudriñar la verdad.

En relación con este punto el Dr. Alsina (1957) comenta que:

> "La relación procesal se desenvuelve, progresa y está condicionada por principios que le dan unidad y explican su mecanismo, de ellos derivan las diversas instituciones que permitan presentar al proceso como un todo orgánico y compenetrándose al mismo tiempo de su funcionamiento. Asimismo, al hablar de los sistemas procesales se ha dicho que pueden ser clasificados fundamentalmente en dos; uno, en el que la iniciativa del proceso está relevada a los particulares, sistema dispositivo, de tal manera que los hechos controvertidos, las afirmaciones y las pruebas aportadas constituyen los únicos fundamentos de la sentencia. Y otro, en el sistema inquisitivo (denominado principio judicial), no sólo el Juez tiene la iniciativa, sino que a él le corresponde la conducción del proceso. (p.254)

El principio dispositivo, es el dominante en el procedimiento probatorio y presupone que pesa sobre las partes la carga de proporcionar al Juez

fundamentos de hechos de la sentencia, mediante sus alegatos y probanzas, consecuencia de ello es que el magistrado debe tener por verdad sólo lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de autos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados por las partes. La fundamentación de este principio está en que en el proceso civil se debaten derechos e intereses de los particulares y el Estado mal podría convertirse en un eterno guardián de intereses privados. Sin embargo esta máxima no puede tomarse en forma inflexible, ya que acepta algunas excepciones como son:

- En los casos en que el Juez dicte un auto para mejor proveer o para aclarar dudas sobre pruebas ya evacuadas tratando de escudriñar la verdad dentro de los límites de su oficio.

- En los casos en que esté en juego el orden público, evitando que se vulneren los principios básicos de la organización social.

- En los procedimientos contenciosos administrativos, en los cuales el Juez puede intervenir y colaborar con las partes, en nombre del interés público pudiendo adquirir y hasta suplir de oficio la prueba.

- En los juicios de menores, donde el Juez está facultado para adoptar todas las medidas que considere necesarias en beneficio del menor.

- En los juicios del trabajo, en los que el Juez está autorizado para diferir el acto de contestación de la demanda.

- En los casos en que la ley habilite al Juez para proceder *motus propio*, como por ejemplo en la nulidad de los actos de procedimientos determinados

por la Ley, o cuando no se haya cumplido algún requisito esencial a su validez o cuando una sentencia se halle vaciada o fuese ininteligible.

Entre los principios que orientan la carga de la prueba están los siguientes:

- Principio de igualdad, es otro de los principios que rige la carga de la prueba, consagrado en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que: “Los jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades y en los privativos de cada una..,”. Es un principio que en el proceso se establece igual trato e iguales oportunidades en cuanto a derechos y obligaciones en la tramitación de los juicios de acuerdo a la posición que ocupe la parte, bien sea como actor o como demandado, y las actitudes adoptadas en el procedimiento.

La igualdad procesal tiene por base el principio constitucional de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, pero este principio no puede ser absoluto porque las diferencias económicas existentes entre los miembros de una colectividad han obligado al Estado a servir de contralor o contrapeso de dichas diferencias. Este principio consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que ésta pueda prestar su consentimiento o formular su oposición. Conforme a éste, el Juez no procede de plano sino en aquellas situaciones en que la ley lo autoriza expresamente.

Al respecto comenta el Dr. Pierre (1980) que:

> “Este principio se traduce en el derecho que tienen las partes en juicio de promover y evacuar sus pruebas en

> igualdad de condiciones y en idénticas oportunidades. Con este principio lo que se quiere es que las partes en juicio puedan moverse libremente en el proceso, que no se le niegue a ninguna el derecho procesal común a ellas." (p.44)

Este principio también soporta una excepción: los privilegios otorgados por la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, al Fisco Nacional y aquellos Institutos autónomos cuyas leyes o reglamentos orgánicos les otorguen igual prerrogativa. Sin embargo, esos privilegios deben otorgarse en forma restringida. Son entre otros, la consulta obligatoria ante el tribunal superior de toda sentencia definitiva en que sea parte del Estado; deber de notificar la apertura de todo término para el ejercicio de algún derecho o recurso.

- Principio de la comunidad de la prueba, este principio consagra el precepto de que la prueba evacuada pertenece al proceso y no solo a quien la promovió o la adujo y una vez incorporada al expediente debe ser tenida en cuenta, sea que resulte en provecho de quien la promovió o de la parte contraria, que también puede invocarla legítimamente.

- Principio de la Publicidad de la Prueba, este principio consiste en que todos los actos sucedidos durante la secuela del proceso pueden ser conocidos, no solo de las partes sino de cualquier persona, comporta de que cualquier persona puede imponerse de los autos que existan en los tribunales y tomar de ellos las copias simples que creyeren convenientes, sin necesidad de solicitar el correspondiente permiso del Juez, a excepción de aquellas actuaciones mandadas a reservar por algún motivo legal y así lo preceptúa el artículo 190 del Código de Procedimiento Civil, el cuál establece: "Cualquiera persona puede imponerse de los actos que se realicen en los Tribunales y tomar de ellos las copias simples que quiera, sin necesidad de autorización del Juez, a menos que se hayan mandado

reservar por algún motivo legal". La publicidad es consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más preciado instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores.

Por otra parte, el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil venezolano consagra el Principio de la Publicidad y establece:

> "Los actos del proceso serán públicos, pero se procederá a puertas cerradas cuando así lo determine el tribunal, por motivo de decencia pública según la naturaleza de la causa. En tal caso, ni las partes ni los terceros podrán publicar los actos que se hayan verificado ni dar cuenta o relación de ellos al público, bajo multa de un mil a cinco mil bolívares o arresto hasta por ocho días, penas que impondrá el Juez por cada falta (…)"

Consiste este principio procesal en que las actuaciones judiciales tanto escritas como orales son públicas. El principio de publicidad permite que otras personas fuera de las partes y de sus apoderados sigan y controlen la marcha del proceso y la actuación de las personas que intervienen en él como auxiliar a la justicia.

El principio de la publicidad de la prueba instituye que las actuaciones judiciales de pruebas deben ser públicas, factibles de ser presenciados por todos, y en especial, debe permitirse a las partes que pueden intervenir en la evacuación de la prueba para poder hacer las objeciones que consideren mas convenientes a sus derechos e intereses. En el ordenamiento jurídico venezolano este principio admite una excepción: cuando así lo determina el tribunal por motivo de decencia pública según la naturaleza de la causa.

- Principio de la Inmediación de la Prueba, significa que el Juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre estas las que se encuentran bajo su acción inmediata. En cuanto al primer aspecto, no es escasa la importancia que tiene el hecho de que el Juez conozca y aprecie las actuaciones morales de los litigantes, puesto que podrá no sólo ejercitar con eficacia sus facultades de conciliación, sino valorar su conducta durante el proceso cuando ella pudiere ser elemento de convicción, tanto en la confesión como en la testimonial tienen extraordinaria importancia en los modos de expresión y el estado psicológico del deponente, sugiere a veces reflexiones que en otra forma pasarán inadvertidos.

Este principio coloca al Juez como tutor del proceso probatorio y en consecuencia, la reglamentación positiva sobre las probanzas no queda el arbitrio de las partes, aunque en todo caso, estas deben ser mantenidas en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades. Basta pensar en el proceso demostrativo sin dirección del Juez este principio encuentra su excepción en la institución del Juez comisionado.

- Principio del Debate Contradictorio denominado también principio de la contradicción o de la audiencia bilateral, este principio tiene su antecedente en los resultados legislativos y reformadores de Revolución Francesa. Con referencia al proceso civil, es de gran importancia su acatamiento, implica la prohibición para los jueces, de que se dicten decisiones inaudita parte, esto es sin el conocimiento de la otra parte.

Este principio exige que la prueba se rinda con conocimiento de la otra parte, a fin de que tenga oportunidad de hacer valer sus derechos en la ejecución de la probatura. Este principio admite una excepción y es cuando la prueba se practica antes de comenzar el proceso, como por ejemplo, la

testimonial que se acompaña en los interdictos; la inspección ocular, la prueba trasladada, entre otros, pero ni aún en este caso se le cercena su derecho a la parte contraria de comprobar, contradecir u objetar la prueba, ya que estas probanzas preconstituidas deben llenar ciertos requisitos legales necesarios a su validez.

- Principio del Proceso Probatorio Escrito. El Procedimiento Civil venezolano es esencialmente escrito; sin embargo algunos de sus actos pueden efectuarse en forma oral, pero siempre habrá que llevarlo a la escritura; así la contestación de la demanda, cuando se hace verbal se extenderá en acta que firmarán el Juez, el secretario y las partes, lo mismo que los actos de informes, señalándose a quien informe verbalmente que deberá presentar conclusiones escritas. Esto es hasta los actuales momentos, pero actualmente se esta trabajando sobre el proyecto de que los juicios en la parte civil sea en su totalidad orales.

- Principio de la Preclusión, en lo que atañe a este principio, denominado también de la eventualidad, divide el proceso en secciones para llenar las formalidades de tiempo en oportunidad para la promoción y evacuación de las pruebas. Estas deben efectuarse dentro del término taxativamente marcado en el Código de Procedimiento Civil venezolano, porque al expirar el intervalo señalado para la actividad probatoria específica, el acto no puede realizarse y si se realiza carece de eficacia porque ha precluído.

Según ésta máxima las aportaciones de pruebas para que surtan efectos legales deben estar supeditadas a los lapsos que les corresponden en el proceso. Así se tiene que vencido el término de promoción de pruebas no pueden presentarse probanzas, salvo las de confesión, experticia e inspección ocular que pueden promoverse en todo el curso del lapso probatorio antes de su conclusión.

El Código de Procedimiento Civil venezolano, lo establece en el artículo 396, en lo que respecta al lapso de promoción, reza:

> “Dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse, salvo disposición especial de la ley. Pueden sin embargo, las partes, de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de prueba en que tengan interés”.

Estos principios que rigen la carga de la prueba son de gran trascendencia en el sistema probatorio, puesto que además de evidenciar que existe una teoría general sirven para comprender el complejo mundo de la actividad demostrativa.

3.2. Hechos Determinantes de la Carga de la Prueba

La ley procesal venezolana, sostiene el criterio de que la carga de la prueba incumbe al actor expresado con el aforismo: *actori incumbit probatio*; pero si el demandado, en lugar de limitarse a negar el derecho o pretensión del actor, invoca a su vez ciertos hechos para destruirlo, se convierte en actor, en lo que atañe a la alegación de esos hechos; y debe asumir la carga de la prueba, según el aforismo *reus excipiendo fit actor*.

El Dr. Henriquez (1986) en su análisis al respecto expresa:

> “Esa fórmula es de todo punto de vista inconveniente, pues según enseña mejor doctrina, la negación o afirmación puede ser simple modalidad de redacción. La situación no cambia porque se niegue un hecho, en vez de afirmar su inexistencia. Además la circunstancia de afirmar o negar un hecho no altera la mayor o menor posibilidad de su prueba,

> un hecho negativo concreto puede probarse, en tanto una afirmación indefinida no puede probarse". (p.337)

La doctrina mas exacta refiere que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuestos a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.

Luego habla de las excepciones a dicho principio, es decir, los hechos que no son objeto de prueba, entre los cuales incluye los hechos presumidos por la ley, los hechos notorios, los hechos evidentes y los hechos normales. Pero algunos doctrinarios venezolanos consideran que solamente existen tres especies fundamentales de hechos de la carga de la prueba entre estos:

- Hechos Constitutivos, son los específicos de donde se origina el derecho donde cada una de las partes basa su pretensión; por ejemplo: quien fundamenta su pretensión en un contrato de compraventa, le corresponde probar los hechos constitutivos de su afirmación, sea el consentimiento, el precio y el objeto.

- Hechos Impeditivos, son aquellos cuya ausencia impide que la existencia del hecho específico dé nacimiento al hecho correspondiente, negando de alguna forma su eficacia jurídica; por ejemplo: si una de las partes que contrató era incapaz, lógicamente el contrato será anulable. La carga de la prueba de los hechos impeditivos corresponde a los que los alega; pero tocará su carga a quien pretenda ampararse en ellos para contrarrestar la pretensión de la otra parte.

- Hechos Extintivos, son los que dan fin a un derecho, y su carga corresponderá a quien trata de beneficiarse de esa extinción.

A respecto comenta Palacios (1988), "aún los hechos alegados en forma afirmativa no requieren prueba cuando concurre alguna de las circunstancias anteriormente referidas (admisión, notoriedad, entre otras).(pag 362). Mayor acierto exhibe la tendencia doctrinaria que superando el mero análisis de la posición procesal de las partes o de la índole positiva o negativa de los hechos alegados, divide a estos en constitutivos, impeditivos o invalidativos y extintivos, gravando normalmente con la carga de la prueba de los primeros al actor y de los restantes al demandado.

Injustamente, según la opinión de la autora; se ha reprochado a esta teoría el defecto de gravar irremediablemente al demandado con la carga de los hechos impeditivos y extintivos, y de no advertir, por lo tanto, que en muchas hipótesis esté tipo de hechos es afirmado por el actor como fundamento de una pretensión. Tampoco es acertada la crítica, que se ha formulado contra esta tendencia doctrinaria sobre la base de las dificultades que se oponen a un nítido deslinde conceptual entre los tres referidos tipos de hechos... tampoco es objetable diferenciar el hecho impeditivo del extintivo, en la circunstancia de que, mientras el primero se opone al nacimiento del hecho constitutivo, obstando a que produzca sus efectos normales, el segundo tiene lugar cuando esos efectos ya se han producido.

A respecto Devis (1993) comenta:

> “Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma esta palabra en un sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y que no es posible 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 puede probarse para fines procesales". (p.167)

En este sentido jurídico, atendiendo la opinión del autor comentado se puede entender por hechos:

- 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.

- Los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana.

- Las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos; la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc., los estados y hechos psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intensión o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad, siempre que no implique una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al primer grupo.

Algunos consideran las reglas de experiencia y las normas jurídicas extranjeras y consuetudinarias como objeto de prueba, distinto de los hechos pero se cree que en cuanto pueden ser objeto de prueba se contemplan como conductas o hechos humanos. Dentro de esta concepción amplia de los hechos como objeto de la prueba se comprende todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial. Es decir, todo lo que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico, de ahí que el tema de la prueba en

cada proceso, esté formado en general por los hechos previstos en las normas jurídicas que deben aplicarse para que se reconozcan o excluyan de sus efectos (pretensión o excepción).

Es decir, se ha refutado la teoría de que objeto de la prueba son las afirmaciones y no los hechos contenidos en ellas. Si bien el objeto de la prueba judicial, en abstracto; puede serlo todo hecho material o abstracto en el mas amplio significado del término, cuando se hace referencia a cada proceso en particular resulta obvio que ese amplísimo campo de aplicación del concepto debe limitarse a aquellos hechos que directa o indirectamente en forma principal o accesoria, pueden tener alguna relación con la materia debatida o simplemente propuesta, siempre que la ley no prohíba su prueba.

Tienen importancia para delimitar concretamente el objeto de la prueba en relación con cada proceso, las nociones de conducencia, pertinencia o relevancia e influencia o utilidad de la prueba. Los hechos totalmente ajenos a la cuestión material del proceso no son objeto concreto de prueba en su proceso por improcedente o impertinente, aún cuando en abstracto puedan ser objeto de prueba; por lo que se autoriza al Juez en cada caso para rechazar la petición de prueba.

Según la autora los inconvenientes del criterio analizado residen en su pérdida de importancia práctica en aquellos casos en los cuales por fundarse la pretensión en un hecho impeditivo (ejemplo, Incapacidad o vicio de la voluntad) o extintivo (ejemplo, pago por consignación); resulta irrelevante la prueba de hecho constitutivo alguno y la actividad instructora, por lo tanto; sólo puede girar en torno de hechos impeditivos del impedimento o de la extinción. Otro ejemplo sería la ratificación del acto por el representante legal del incapaz. Tales circunstancias conducen a la formulación de sucesivas clasificaciones de los hechos controvertidos, que en última instancia

complican la solución del problema de la distribución de la carga de la prueba.

En conclusión la carga de la prueba sólo se aplica a los hechos que constituyen el *Thema Probandum* en cada proceso que no estén exentos de prueba o que no hayan sido admitidos por las partes, por gozar de presunción o porque estén exentos de prueba o por su naturaleza de indefinidos o notorios. Es conveniente tener presente que el hecho mismo exento de prueba no puede dar lugar a que se aplique la regla de juicio, ya que no podría hablarse entonces de falta de prueba, pero quien afirme el hecho contrario al presumido, indefinido o notorio como fundamento de su pretensión o excepción tiene que asumir la carga de la prueba, o sea adversario debe probar el hecho contrario no exento de prueba.

3.3. Intervención del Juez en la Carga de la Prueba

Como la verdad no es sino una, es natural y tal es el desideratum social que la verdad absoluta y la procesal son idénticamente una misma. Ello no ocurre siempre, porque la imperfección de los elementos de convicción y la del criterio humano hacen también imperfecta la justicia de los hombres; y los jueces deben en consecuencia aspirar a que de autos aparezca lo verdadero, lo real, sin que a ellos les toque descubrir personalmente otra cosa diferente de la que arrojen los autos, pues la única verdad para el Juez es la procesal, la que resulte de los alegatos y de las probanzas constantes de autos. Como el magistrado, para llegar a lo cierto, no puede salirse de los limites de su oficio, y no debe obrar con espontánea actividad sino en los casos de excepción, limitándose en lo demás a hacer practicar los pedimentos de las partes y a atenerse a sus alegatos y pruebas, ocurrirá no pocas veces que la

verdad absoluta adquirida por el Juez mediante elementos de conocimiento que no existen en autos, no pueda ser proclamada, sino la que éstos arrojen.

La normativa contenida en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano, da una pauta indicativa de los deberes del Juez cuando establece:

> “Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hechos que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intensión de las partes o de los otorgantes (…)”

El sistema de procedimiento civil está guiado por el principio dispositivo, como se ha venido comentado en el desenvolvimiento de esta investigación. Para conocer si un determinado tipo de procedimiento se acoge al principio de la carga de la prueba, es indispensable establecer qué poderes se reconocen al Juez en la comprobación de los hechos; es evidente que allí donde se conceda al Juez la facultad ilimitada para proceder a la comprobación de los hechos, no se puede hablar de la carga de la prueba.

Para Micheli (1970):

> “El problema de la carga de la prueba no pierde importancia en el proceso inquisitorio, puesto que el dogma de la carga de la prueba debe ser formulado como doctrina de la decisión sobre el hecho incierto, fenómeno este de alcance general y que puede verificarse lógicamente aún en aquellos procesos en que el Juez esta provisto de poderes instructorios amplísimos”. (p. 93)

En el proceso civil venezolano, es a las partes a quienes corresponde la actividad probatoria, si desean conseguir un resultado favorable a sus pretensiones. Es el Juez quien tiene la obligación de admitir, apreciar y practicar las correspondientes diligencias probatorias propuestas por los litigantes, no obstante, la ley lo faculta para proceder de oficio como es el caso de las medidas para mejor proveer tal como lo indica el articulo 11 del Código de Procedimiento Civil, según el cual:

> “En materia civil el Juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero 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 soliciten las partes (…)”.

Por principio básico, no hay proceso sin demanda, ni jurisdicción sin acción, ya que las partes establecen el objeto litigioso, y por su parte el Juez no puede separarse de lo que ellas han convenido en someter a su consideración. Igualmente el Juez está obligado a decidir sobre la base de lo probado por las partes.

El Dr. Henriquez (1986) expresa que es muy preciso sobre este aspecto cuando comenta:

> “Los órganos del poder publico no deben ir mas allá de lo que desean los propios particulares en los asuntos donde sólo se dilucida un interés privado. Dar al Juez la potestad de iniciar de oficio una causa, contra el inveterado principio nemo iudex sine actore, significaría desconocer en el ámbito procesal la autonomía individual que es el fundamento de toda la regulación del Derecho sustantivo privado: ubi partes sunt concordes nihil ab iudicem. Pero ello no significa que tal autonomía no pueda ser limitada y aún suprimida en los casos que lo exija el interés público tal como lo hace el el Código de Procesamiento Civil, cuando la relación sustancial es de orden público o cuando así lo requiere el fin público del proceso como institución a través del cual se actúa la administración de justicia. (p.90)

Según el comentario de este autor, esto no quita que el Juez pueda, en su actividad de dirección del proceso, manifestar la exigencia de que la prueba se produzca por medios determinados, esto es, dispuestos, como suele decirse de oficio: pero esta exigencia no está en oposición con el principio del contradictorio, y por lo demás bien puede decirse que las pruebas dispuestas ex officio son propuestas por la parte a la que corresponde en todo caso la acción de la providencia del Juez.

El Dr. Lesona (1964), hace un análisis bastante significativo al respecto y apunta que:

> “Cuando la parte obligada a ofrecer la prueba no la da, o lo que es equivalente, no la da completa, el Juez no puede eximirse de resolver, ya que el sentido de la equidad, hondamente interesado, podría repugnar en cualquier circunstancia el rigor de toda otra decisión. Sólo es lícito al Juez a pesar de las conclusiones definitivas de las partes, ordenar de oficio una instrucción más amplia cuando ésta afecta a un punto de discusión sobre el cual el Juez esta obligado por la ley a decidir de oficio. (p.157)

Según la cita de este autor y atendiendo lo establecido en el artículo 506 donde se refiere que las partes tienen la carga de probar, conlleva por si el ingrediente que ha dado lugar a una de las discusiones doctrinarias más encontradas respecto al tema. En efecto, se impone a cada una de las partes la prueba de sus respectivas afirmaciones de hecho, entra aquí en juego la interrogante acerca de ¿Qué debe entenderse por afirmación y qué por negación de hecho? Siendo rigurosamente cierta la apreciación de que toda afirmación es al mismo tiempo una negación.

El *incumbit probatio qui dicit nint qui negat y afirmati non neganti incumbit probatio*: negativa *non sunt probanda*, de modo que inicialmente se está centrando en las partes la actividad probatoria del proceso, cuando ello no es tan cierto, en virtud de las facultades que al Juez se le han concedido como inquisitor de la verdad al permitírsele a través de los autos para mejor proveer y de cierta libertad en algunos medios como las reproducciones y experimentos, que permiten afirmar que la regla no encuadra totalmente en el proceso que regula el Código de Procedimiento Civil venezolano, de modo que resulta más apropiado entender la carga de la prueba como la obligación impuesta a las partes de llevar a conocimiento del Juez las pruebas conducentes para la determinación y verificación de los hechos alegados y debatidos en el proceso.

Parece bastante asertivo Devis (1993), cuando en sus comentarios señala que sólo un sistema rigurosamente dispositivo, que actualmente no existe, resulta cierto que el Juez no puede servirse para ningún fin procesal, con su conocimiento privado de los hechos que interesan al proceso. En efecto, esa ciencia privada le sirve para formularles preguntas a los testigos o exigirles la aclaración de sus respuestas, para solicitarles a los peritos que amplíen o aclaren su dictamen, para decretar inspecciones judiciales y pruebas de otra índole, cuando disponga de facultades inquisitivas generales o en

providencias para mejor proveer, e inclusive, para orientar su criterio en la crítica de la prueba practicada. Para este tratadísta, ese conocimiento privado no puede utilizarlo el Juez para suplir prueba a las partes, pero puede serle muy provechoso para dirigir el conflicto en el aspecto probatorio.

A este respecto De Piña (1975), comenta que:

> "La carga de la afirmación de los hechos se traduce en la prohibición para el Juez de considerar en la sentencia hechos que no hayan sido afirmados por ninguna de las partes. El principio secundum allegata et pro bata partium judex judicare debet, contiene una prohibición para el titular del órgano jurisdiccional de apreciar hechos no alegados por las partes extendiendo la misma, no sólo a los hechos que considere de influencia en el juicio, pero que no resulten de autos, sino igualmente, a aquellos no afirmados por las partes que resulten del juicio". (pag 81)

De acuerdo a esto, hay que distinguir al respecto los hechos que no resultan del juicio y los que resultan de él y que en este último caso deben ser tenidos en cuenta por el Juez en cuanto los considere eficaces y verídicos.

Este ejercicio ilimitado, está sin embargo lleno de peligros si el Juez se siente a disgusto encerrado en los cauces enmarcados por la voluntad dominadora de las partes, al menos por una consideración práctica debe conformarse a este sometimiento, y es que las partes son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie mejor que ellas conocen qué hechos deben alegar y cuáles no. La esfera de la actividad del defensor y la del Juez deben estar netamente separadas, ya que existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre la función de juzgar y la de buscar los elementos de defensa de las partes.

Siempre que el Juez admite por su cuenta un hecho que la parte a quien aprovecha no ha hecho valer, se encuentra ante la posibilidad de error; hasta que una de las partes no ha hecho valer un hecho que es favorable, la parte contraria no tiene interés en aducir la inexistencia de ese hecho, o en alegar otros hechos que incluyan los efectos de aquel; por lo tanto, el Juez no sólo toma partido por un hecho no aclarado a la luz de la discusión judicial, sino que, haciéndose defensor de una de las partes, contraría al principio de la igualdad de las partes.

Según esto, el Juez no podría admitir un hecho que la parte a quien le favorezca no lo ha hecho valer, puesto que se encontraría en una situación de error, estaría haciéndose defensor de una sola de las partes, contrariando así el principio de la igualdad de las partes que es uno de los principios fundamentales del proceso civil.

Ricci (1971), por su parte, hace un análisis, al respecto, y comenta:

> “Faltando la prueba de la demanda, el Juez no tiene obligación de practicar diligencias con objeto de producir la prueba que falta, sino que realizará la una o la otra. Si la práctica de sus diligencias ulteriores en el litigio, y también la presentación de los libros de comercio, se dejó por la ley al prudente arbitrio y facultad de los jueces”. (p.89)

Sin duda, quien propone una acción en juicio, no le basta tener el derecho, es preciso que se someta al peso de la prueba; y quien es demandado tiene en verdad el derecho de ver terminada la contienda, no pudiendo obligársele cuando ha seguido al actor en la discusión propuesta y ha sufrido la carga de una defensa costosa, a tolerar una sentencia que le expone a un nuevo juicio por la acción.

Por esta razón los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, necesitan ser demostrados por las pruebas aportadas por cualquiera de las partes o por el Juez. Esta necesidad de las pruebas aportadas por el Juez, no tiene sólo un fundamento jurídico sino lógico; pues el juzgador no puede decidir sobre cuestiones cuya prueba no se haya verificado. No obstante, el juzgador no puede suplir las pruebas con el conocimiento personal o privado que tenga de los hechos porque sustraería de la discusión de las partes ese conocimiento privado, y porque no se puede ser testigo y Juez en un mismo proceso.

Como se puede evidenciar, este tratadísta como la mayoría de los autores citados no comparte la idea de que el Juez, por mucho que conozca de los hechos, no puede aportar ningún tipo de pruebas. El Juez tiene la obligación de comprobar la regla de derecho. Pero ahí termina su papel en materia de pruebas. Son las partes y no el Juez, los que deben probar los hechos que invocan; y no solamente no está obligado el Juez civil a investigar y reunir las pruebas de esos hechos, sino que le está prohibido inmiscuirse en su administración. Esa prohibición de que el Juez ayude a las partes en la búsqueda de las pruebas constituye el principio de la neutralidad del Juez.

El Juez no puede ni tomar en cuenta las pruebas que no le han sido administradas por las partes, ni efectuar ninguna investigación personal; el Juez debe pues hacer abstracción de todo conocimiento personal que tenga de los hechos de la causa, el principio de la neutralidad del Juez tiene, por otra parte, ciertos límites; el tribunal puede ordenar de oficio un interrogatorio de testigos o una prueba pericial; igualmente, una comparecencia personal de las partes, en el curso de la cual puede interrogarlos sobre los hechos involucrados.

Atendiendo a lo dicho, cuando el hecho es conocido por el Juez a causa de su actividad profesional, pero ajeno a la actividad funcional, el hecho debe reputarse de conocimientos privados del Juez y no podría ser utilizado como medio de convicción o prueba. Puede concluirse diciendo, que no existe un sistema rigurosamente dispositivo, pero lo cierto es que el Juez, no puede valerse de su conocimiento privado de los hechos que interesan al proceso para ningún fin procesal, puede utilizarlo para hacer preguntas a los testigos o exigirles aclaratorias en sus respuestas, para solicitar ampliación de dictámenes a los peritos, es decir, puede serIe muy útil en la dirección del debate probatorio, inclusive para orientar su criterio en la formulación de opinión en la prueba practicada, sin que el Juez pueda eximir a ninguna de las partes de prueba, en razón de su conocimiento personal.

3.4. Importancia de la Carga de Prueba en el Procedimiento Civil

La prueba como acción de probar, es en la doctrina del derecho procesal lo que se ha denominado técnicamente la carga de la prueba, es decir, a quién corresponde en el proceso producir aquel o aquellos elementos de juicio que sean actos para demostrar los hechos que el actor o demandado alternativa y sucesivamente van proponiendo como base de sus opuestas pretensiones.

La teoría general de la carga de la prueba, como ha sido denominada tradicionalmente en la doctrina del derecho, puede decirse que es la institución jurídica más importante dentro de cualquier sistema procesal, que como el venezolano se fundamenta en el principio dispositivo. Es conveniente recordar que en el proceso civil, la actividad procesal y el acervo probatorio corre a cargo de las partes contendientes, cuyo ejercicio es necesario para lograr un interés. La carga de probar (onus probandi) como tal

no tendría sentido ni razón de ser en un sistema en que, ex officcio, se pretendiera adelantar la verdad e investigación de los hechos. La institución procesal de lo que los tratadistas y la doctrina han denominado la carga de la prueba, es uno de los aspectos vitales dentro de todo el proceso.

El determinar a quien le corresponde probar un hecho tiene enorme interés, pues se presentan muchas situaciones en la vida de las relaciones jurídicas en que el éxito o el fracaso del resultado del proceso va a depender de la prueba de un hecho, interesa, pues saber en cada caso concreto, cual de los litigantes debe probar.

Ha dicho Buzaid (1980), “Dentro de los varios temas de derecho procesal civil relativos a la actividad instructoria, pocos han merecido, con tanto interés la atención de la doctrina, como el de la carga de la prueba” (p.31). Es inmensa la importancia que esta noción tiene en el derecho en general y en la administración de justicia en particular. Sino existiera la regla de juicio que faculta al Juez para evitar el non liquet cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes.

La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica pueden fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del Juez.

La carga de la prueba es, por consiguiente una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua non de toda buena administración

de justicia. Rosemberg(1981) afirma, que esta noción es la espina dorsal del proceso civil y un postulado de seguridad jurídica. Pero esta afirmación debe ampliarse a toda clase de procesos: inquisitivos y dispositivos. Su importancia es grande también en el proceso penal, porque uno de sus postulados fundamentales, que es consecuencia de la misma noción, consiste en absolver al sindicado cuando no haya certeza sobre la responsabilidad, y porque la suerte de su defensa depende en muchos casos de su colaboración en la etapa probatoria.

En lo que atañe a la importancia de la carga de la prueba, es de capital importancia saber cual de los adversarios en el proceso tiene la carga de la prueba, al menos cuando nada puede ser establecido por uno ni por otro. En ese caso, perderá su causa el litigante al que la ley imponga la obligación de realizar las pruebas: en la imposibilidad de satisfacer la obligación que el legislador hace pesar sobre él, éste sucumbirá.

Al hablar de la importancia de esta institución, también es importante considerar lo establecido en el artículo 1354 del Código Civil venezolano, que preceptúa, “quién pida la ejecución de una obligación debe probarla…”. Es decir, quien reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla, recíprocamente, el que se cree liberado debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de dicha obligación.

El análisis sobre el punto referido ha guiado por una ponderación, sobre la importancia que cumple la institución de la carga de la prueba en el campo procesal, pues sería la única opción (con las excepciones que la ley prevé) que forzosamente hay que utilizar para buscar la solución a los conflictos de intereses, a fin de que la decisión que se adopte sea la más acorde con los postulados de la equidad y la justicia.

3.5 El Principio de las Cargas dinámicas de la Prueba

Para el desarrollo del presente Título, se considera necesario establecer la doctrina sobre Las Cargas Dinámicas Probatorias, siendo así como Peyrano, (1991, p.87), sostuvo, respecto del régimen de dicha carga, que resulta aplicable la distribución entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, en este caso, razón por la cual como regla general, en el caso específico de la culpa médica, el paciente deberá probar la culpa del profesional y serán aplicables las excepciones que derivan del régimen de presunciones.

En otra posición se sostuvo que no resulta aplicable el distingo entre obligaciones de medio y de resultado, coincidiendo sí con la posición respecto de la culpa y de la probatoria. Con referencia a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, una posición sostiene la conveniencia de su aplicación, precisando conceptualmente las hipótesis de debilidad fáctica y jurídica en que resultan aplicables y otra postura sostiene su inconveniencia fundando en Que afecta la seguridad jurídica al no conocerse de antemano cuáles son las reglas a que deberán atenerse las partes al respecto y además por no constar dicha teoría en el derecho vigente.

Pero en forma general ha existido coincidencia respecto a que la imputación del profesional es culposa; por lo tanto al paciente incumbe la carga de probar la existencia del vínculo, el daño y la culpa, pudiendo el médico eximirse a través de la demostración de la falta de culpa o del rompimiento del nexo causal. Se sostiene también la discriminación entre la falta de culpa consistente en la demostración de que el médico obró correctamente, de otros supuestos. En este sentido debe distinguirse la prueba de la culpa del nexo causal, este último debe ser separado del

acontecer físico, de manera que el médico no responde por los denominados hechos de la enfermedad.

Sobre este tema mantiene, con especial referencia al Derecho Colombiano, que no es posible efectuar este distingo pues para probar el obrar correcto, no culpo so, debe necesariamente demostrarse la causación del daño, razón por la cual la prueba del nexo causal y de la culpa constituyen un mismo supuesto normativo, debiendo decidir el legislador de manera expresa sobre quién recae la carga unificadamente. Como complemento a lo expuesto vale recordar que se ha mantenido que dentro del hecho médico (que es el antecedente en la relación de causalidad, del daño) debe analizarse otra relación de causalidad que es la que se establece entre la patología y las variables que la ciencia médica ofrece en abstracto, y además, entre las variables de la ciencia médica y la situación real y contextuada del paciente.

Esto sirve tanto para atribuir la responsabilidad como para eximirla. Con referencia a la prueba se agrega que existen casos en los cuales, probado el incumplimiento de los deberes conexo s como el de información o el de colaboración, existe responsabilidad médica. En este sentido se sostuvo que la carga de probar el consentimiento o el asentimiento informado corresponde al médico. En contra de esta opinión se sostiene que no hay fundamento legal para imponer dicha carga al médico y que existe gran dificultad probatoria para ambas partes. Una solución consiste en imponer al paciente la carga de demostrar el consentimiento, aliviando dicha carga con presunciones. En cuanto a la responsabilidad por omisión se sostiene que existe responsabilidad del Estado o del prestador del servicio medical cuando omite poner a disposición del paciente medios necesarios, indispensables y determinantes tendientes a evitar el daño, comentándose al respecto distintos casos jurisprudenciales.

La responsabilidad en general, reposa en distintos presupuestos que, de concurrir, harán responsable al deudor de una obligación convencional o al incumplidor de un deber general. Así, en la responsabilidad penal, la acción desarrollada por el autor, debe ser típica, antijurídica y culpable. En caso de no darse todos y cada uno de estos presupuestos, el autor del ilícito penal no será sancionado. En el ámbito de la responsabilidad civil, en cambio, el acto tiene que importar un incumplimiento objetivo; debe mediar un factor de atribución; de suyo, tiene que causar un daño y, por último, tiene que haber una relación causal entre el incumplimiento y el daño efectivamente irrogado.

Se tuvo como base la responsabilidad objetiva que se ve ampliada considerablemente en atención a la evolución que ha sufrido la sociedad y la necesidad de que el Derecho asista a las víctimas. Pero ello, no implica en modo alguno que se excluya ninguno de los dos factores de atribución ya que, coexisten armónicamente pues de lo contrario, se construiría una estructura rígida que no permitiría contemplar las disímiles situaciones particulares que pueden plantearse en la realidad.

Sobre esa base la legislación Argentina se apoya en la unificación de los regímenes contractual y extra-contractual, la prevención, la dilución del requisito de la antijuridicidad, la expansión de la responsabilidad objetiva, la limitación cuantitativa de esta responsabilidad. Se ha dicho que designa a la responsabilidad objetiva como aquella en la que incurre quien debe soportar la reparación de un daño, por disposición de la ley o de las partes, aunque fuere inocente, no siendo así, pues en el caso que -por ejemplo- un bien se destruyera por la explosión de una caldera ¿el dueño no requeriría la reparación por no existir culpables? No hay novedad en el concepto.

En el Código de Hamurabi (1728-1686 a. C.) se contemplaba la responsabilidad objetiva, es decir aquella responsabilidad en la que se

prescinde de la subjetividad del agente: "Si un hombre libre arrancó un diente a otro hombre libre, su igual, se le arrancará su diente" (Art. 200). El Proyecto de 1998, ha orquestado un sistema de responsabilidad basado tanto en la atribución subjetiva como en la objetiva. De allí que con buen criterio se ha elaborado un sistema que amplía el ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva y establece a la culpa, como norma de clausura del sistema (A falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa).

En otros términos, sin necesidad de recurrir a un catálogo, se ha logrado compatibilizar la atribución tanto subjetiva como la objetiva, ya que cuando la justicia conmutativa de la responsabilidad es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar la posta. Partiendo de la idea que Probar es una actividad, porque para llegar a demostrar, verificar, etc. resulta necesaria cierta dinámica ejercida en tal sentido que dentro del proceso civil, deben desempeñar fundamentalmente las partes por imperio del principio dispositivo, esto es, la libre disponibilidad del individuo.

Las partes deberán entonces aportar, a riesgo de sufrir un perjuicio en su propio interés en caso contrario, no sólo el material fáctico, los hechos sobre los que habrá de girar la prueba y la decisión judicial, sino la prueba de dichos extremos, de modo de lograr formar la convicción del Juez acerca de la probable existencia de los presupuestos fácticos previstos en las normas jurídicas cuya aplicación se pretende, pues el hecho alegado y no probado por los medios que el ordenamiento autoriza o dispone, en tanto no se halle exento de prueba, no existe para el proceso.

A mayor abundamiento, en estricta relación con la prueba su objeto y finalidad, puede decirse que la idea de objeto debe ser separada de la de

causa o principio y de la de finalidad. La tarea final del magistrado al dictar su sentencia responde a la sub-sunción de una situación o proposición fáctica en el tipo legal de una norma jurídica. La certidumbre proviene, generalmente, de la prueba que debe apuntar al presupuesto de hecho o proposición fáctica que guarda relación con una específica consecuencia jurídica.

En este orden de ideas, la carga probatoria corresponde a una noción subjetiva, ya que atiende a quienes deberán probar los hechos que se alegan, mientras que por contenido de la prueba debe comprenderse el objeto de la prueba, es decir lo que se debe probar, siendo, entonces, una noción objetiva.

La carga de la prueba responde a la pregunta quién debe probar, entretanto que el contenido u objeto probatorio responde a qué debe acreditar, recordando que, en lo esencial, probar es tratar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación justicia en general, resolver esta clase de conflictos si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares en los servicios técnicos fueran estos por encontrarse en la mejores condiciones de conocimiento técnico real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional.

3.6 Las cargas dinámicas de la Prueba en el Derecho Procesal Civil Venezolano

La jurisprudencia ha confundido el principio de las cargas dinámica o como se conoce en España el principio del *favor probationes*, específicamente la sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia cuando en su sentencia de fecha 21 de febrero de 2002 dice por otra parte, que existe un principio en el derecho probatorio, denominado por la doctrina como *favor*

probationes, uno de cuyos aspectos tiene que ver con el favorecimiento de la prueba en cuanto a su producción y estimación; y con el mantenimiento o conservación de la prueba cuando ha sido promovida y evacuada de manera regular, con las debidas garantías dentro del procedimiento.

Este principio doctrinario del *favor probationes*, el cual prescribe el favorecimiento de la prueba cuando ella fue producida en juicio de manera regular. Como se puede observar la mencionada sala del Tribunal Supremo Justicia ha utilizado el principio de la cargas dinámicas o *favor probationes* de forma equivoca pues de lo que trata esta es de que la prueba sea producida por la parte que se encuentre en mejor situación probatoria y evidentemente este no es el caso en cuestión ya que en esta sentencia se habla de la preservación de la prueba y no de su aportación en el caso en cuestión la prueba había sido aportada en tribunal se el caso como bien se explica mas adelante.

Este principio doctrinario del favor probationes, el cual prescribe el favorecimiento de la prueba cuando ella fue producida en juicio de manera regular, coadyuva con la finalidad del procedimiento en la realización de justicia y con la labor del órgano jurisdiccional a la hora de sentenciar; en el sentido de la importante función que tiene, en los casos donde puede dificultarse la prueba, como en la caso bajo estudio, por la imposibilidad de probar hechos a ocurridos eran traídos a los autos en su oportunidad.

Es menester mencionar que en Venezuela no se conoce aun que la aplicación de este principio que ayudaría a resolver a los jueces la injusticia que muchas veces son cometidos no solo por jueces si no por abogados quienes se escudan en lo estático de la carga probatoria para no llegar a la verdad la cual es solo una la verdad material.

CAPÍTULO IV
ASPECTOS GENERALES DE LOS DOCUMENTOS

4.1. Documentos o Instrumentos

Para la ley, los documentos, escrituras, instrumentos, actos o títulos, equivalen a un escrito destinado a probar un hecho o un negocio jurídico entre las partes, pudiendo tener además de éstas, otras concepciones legales. En lo demás, como claramente lo dice el artículo 1355 del Código Civil: el documento tiene como finalidad esencial, de ser un medio probatorio, cuando es redactado por las partes, de las convenciones que han establecido, y su validez no tiene ninguna influencia sobre la del hecho jurídico que está destinado a probar, salvo en los casos que se requiera como una solemnidad del acto. Si se da una ligera ojeada a los artículos 1355 y 1357 del Código Civil, se observará que la ley habla de instrumentos, que como se ha dicho, vienen a ser sinónimo de documentos o de las otras acepciones legales expresadas.

Artículo 1355 del Código Civil Venezolano:

> "El instrumento redactado por las partes y contentivo de sus convenciones es sólo un medio probatorio; su validez o su nulidad no tiene ninguna influencia sobre la validez del hecho jurídico que está destinado a probar, salvo los casos en que el instrumento se requiera como solemnidad del acto."

La prueba instrumental consiste en el medio probatorio que acredita los hechos controvertidos valiéndose de un documento preconstituido. La definición puede servir para distinguir la prueba documental de la

instrumental. Documento es aquello en que consta por escrito una expresión del pensamiento o la relación de un hecho. Puede ser así redactado durante el juicio o por lo menos con posterioridad a la demanda. En cambio la prueba instrumental es exclusivamente una de las formas de representación del pensamiento, que contiene el hecho controvertido y que ha sido constituido antes del juicio.

Nótese que en sentido lato documento es también fotografía, inscripciones, documentos, etc., por lo que la prueba instrumental se toma en sentido estricto. Los demás medios están sujetos a las reglas de la prueba pericial o de inspección. La prueba instrumental es prueba preconstituida a favor del que la presenta y contra quien se actúa. Su importancia se deduce de su frecuencia y de su carácter. La constancia de casi todos los actos importantes tanto de la vida contractual como familiar, se conservan en documentos, así como los actos jurídicos más importantes o vinculados a intereses valiosos.

Hay actos de tal naturaleza que requieren necesariamente la prueba porque demuestra el hecho controvertido con certeza legal, eficacia y fuerza que se deriva de ser un acto emanado de las propias personas litigantes, y de haber sido constituido precisamente para dejar memoria del hecho, al margen de todo propósito de acreditar algo distinto de lo que en él se contiene, sirviendo así para resguardar el interés privado y la paz social. Es de tal importancia, que sin exageración puede afirmarse que los otro medios probatorios sólo existen, porque aparecen por escrito.

Artículo 1357 del Código Civil venezolano.

> “Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un registrador, por un Juez

> u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado.”

El instrumento público es aquel utilizado por funcionarios competentes para dar fe publica y teniendo como finalidad la de comprobar la veracidad de actos y relaciones jurídicas que han de tener influencia en la esfera del derecho, siendo valederos contra toda clase de personas. La jurisprudencia venezolana señala que para tener ese carácter que le da la ley, es necesaria la intervención de un registrado, de un Juez o de otro funcionario público, es decir, que se de su formación con arreglo a las atribuciones que le están señaladas legalmente.

El tratadista Alsina (1957) disiente de la tesis de confundir en el mismo concepto, los vocablos, documentos e instrumentos, porque si en efecto, las leyes hablan indistintamente de documento e instrumento, como si fueran sinónimos, en realidad, corresponden a conceptos diferentes. Por documento se entiende toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal; siendo materiales entre otros las marcas, signos, contraseñas; y literales, las escrituras destinadas a comprobar una relación jurídica, y para las que se reserva el nombre de instrumentos. De tal manera, que según su pensamiento, no hay sinonimia entre los términos, sino más bien responden a conceptos diferentes, porque el documento es el género, y el instrumento una de sus especies. En un documento se debe considerar como elementos sustanciales: la cosa, el autor y el contenido.

4.2. Prueba Instrumental. Definición, Importancia y Clasificación

Consiste en el medio probatorio que acredita los hechos controvertidos valiéndose de un documento preconstituido. La definición puede servir para

distinguir la prueba documental de la instrumental. Documento es aquello en que consta por escrito una expresión del pensamiento o la relación de un hecho. Puede ser así redactado durante el juicio o por lo menos con posterioridad a la demanda. En cambio la prueba instrumental es exclusivamente una de las formas de representación del pensamiento, que contiene el hecho controvertido y que ha sido constituido antes del juicio. Débase notar que en sentido lato documento es también fotografía, inscripciones, documentos, etc., por lo que la prueba instrumental se toma en sentido estricto.

Los demás medios están sujetos a las reglas de la prueba pericial o de inspección judicial. La prueba instrumental es prueba preconstituida a favor del que la presenta y contra quien se actúa. El Código de Procedimiento Civil en su artículo 429 establece: “Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes…”.

La importancia de la prueba instrumental se deduce de su frecuencia y de su carácter. La constancia de casi todos los actos importantes tanto de la vida contractual como familiar, se conservan en documentos, así como los actos jurídicos más importantes o vinculados a intereses valiosos. Hay actos de tal naturaleza que requieren necesariamente la prueba instrumental. Hay derechos que dependen de la existencia de un documento.

Pero además éste tiene un valor excepcional de prueba porque demuestra el hecho controvertido con certeza legal, eficacia y fuerza que se deriva de ser un acto emanado de las propias personas litigantes, y de haber sido constituido precisamente para dejar memoria del hecho, al margen de todo propósito de acreditar algo distinto de lo que en él se contiene, sirviendo así

para resguardar el interés privado y la paz social. Es de tal importancia, que sin exageración puede afirmarse que los otros medios probatorios sólo existen, porque aparecen por escrito. Por esto, sin duda, la prueba documental se califica como prueba antilitigiosa. Su importancia también proviene de que puede ofrecerse y actuarse en cualquier estado del proceso.

Hay varias clasificaciones de la prueba instrumental:

- Por razón de la persona de que emana. Es la principal. Se clasifica en documentos públicos, emanados de funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones y documentos privados en los que no interviene, por lo menos en el ejercicio de sus funciones, ningún funcionario sino sólo personas privadas.

- Por su solemnidad, se clasifica en documentos ad solemnitatem y ad probationem, según generen el acto y constituyan la única forma de reconocer la existencia de un acto jurídico determinado o sólo como prueba de este acto, que se puede acreditar también por cualquier otro medio probatorio.

- Por su fuerza probatoria, se clasifica en auténtica, aquélla que prueba por sí misma, y fehaciente, la que permite presumir la existencia de un hecho.

Los documentos auténticos o públicos, por la gran importancia que tienen en las relaciones jurídicas, son los que por si mismos hacen prueba o dan fe de su contenido. En cambio los documentos privados, tienen valor de prueba plena, cuando son reconocidos por el propio otorgante o por los representantes legales.

El instrumento puede definirse atendiendo a la constante doctrinal, como el autorizado por el funcionario competente con facultad para dar fe pública y teniendo como finalidad la de comprobar la veracidad de actos y relaciones

jurídicas que han de tener influencia en la esfera del derecho, siendo valederos contra toda clase de personas.

4.3. Documento y Prueba Documental

Etimológicamente arranca el concepto de documento de la voz latina *documentí*, derivada a su vez de la palabra *dóceo, docui, doctuni, docere*, que significa enseñar. Modernamente la palabra documento se traduce por escritura, instrumento u otro papel autorizado, que sirva para justificar un acto, un hecho o la existencia de una obligación de dar, hacer o no hacer. En latín significa, entre otras cosas, prueba. La reunión de varios documentos referentes a una misma materia forma el documental, denominándose así también, una narración, una película sobre determinada materia, conjunto de escritos, fotos o vistas sobre un mismo asunto. Chiovenda (citado por Bello, 1966):

> "Dice que documento es toda representación material destinada e idónea a reproducir una determinada manifestación del pensamiento; y en algunas veces, la relación entre el documento y el derecho puede ser más o menos íntima; y en otras, el escrito no es más que una simple prueba concurrente con otras, no teniendo carácter de exclusión." (p.86)

Según la cita de este autor el documento presentado como prueba debe contener los extremos legales requeridos para que éste puede ser considerado como tal y tenga fuerza probatoria. Manzini (citado por Bello, 1966),

> “Considera como documento, en sentido propio, cualquier escrito fijado sobre un medio trasmisible, debido a autor determinado, que contenga manifestaciones o declaraciones de voluntad aptas para fundar o sufragar una pretensión jurídica, o para probar un hecho jurídicamente trascendente, dentro de una relación procesal o de otra relación jurídica.” (p.130)

La prueba escrita no es sino la obra de las partes y nada impide a éstas constatar la existencia de un hecho que en realidad no ha tenido lugar o que se ha realizado de una manera diferente. El documento sólo comprobará el hecho de la convección o del negocio que describe.

Para Carnelutti (citado por Bello, 1966),

> “Es una cosa que docet, esto es, que lleva en si la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo; por eso, el documento, es una cosa que sirve para representar otra, y como la representación siempre es obra del hombre, el documento, más que una cosa es un opus.” (p.92)

El documento debe examinarse desde la situación del sujeto, del medio y del contenido; y al tratar de esta última variante da su definición, de lo que considera como tal, y dice que puede consistir en una declaración de verdad o en una declaración de voluntad. Se tiene por documento en derecho procesal toda cosa donde se expresa por medio de signos, una manifestación del pensamiento. Siendo indiferente el material sobre donde los signos estén escritos, y la clase de escritura; pudiendo ser números, letras, signos taquigráficos, grabados en madera, etc.

Dominici (citado por Bello, 1966),

> “No define lo que es el documento, sino que se refiere en el mismo concepto a escritura, expresando que es el resultado del testimonio de los hombres, así cuando se contrae a sucesos de carácter general, que formen la historia de un pueblo, en sus diferentes edades, como cuando guarda el recuerdo de los hechos particulares relativos a las personas, y de los cuales derivan sus diferentes relaciones jurídicas.” (p.65)

El documento es sólo un medio probatorio, independiente de la validez o nulidad del hecho jurídico que él esta destinado a probar. Una cosa son los medios jurídicos que se han cumplido en presencia de funcionario publico y otra los hechos que los interesados manifiestan en el documento. Una cosa es la verdad formal del documento y otra la verdad de los hechos materiales manifestados por los interesados o por los concurrentes a su formación. En lenguaje forense se entiende por documento o instrumento, todo escrito en el que se hace constar una disposición o convenio, o cualquier otro hecho, para perpetuar su memoria, y poderlo acreditar cuando convenga. Borjas (citado por Bello, 1966), siguiendo a Feo, indica:

> “Que instrumentos, documentos, títulos, escritos y escrituras, son vocablos sinónimos en el lenguaje forense, entendiéndose por tales todo escrito en el que se hace constar un hecho o una actuación cualquiera. Es difícil disentir de la opinión; pero creo que se confunde el verdadero sentido de todos esos conceptos al tomarlos procesalmente como sinónimos.” (p.97)

Según este autor estos medios de prueba encierran todo escrito en el cual consta la narración y circunstancias de uno o más hechos jurídicos que constituyen, modifican o extinguen relaciones de derechos entre dos o más

personas. El documento utilizado como prueba puede ser de carácter publico o de carácter privado; el publico hace plena fe entre las partes con respecto a los terceros siempre y cuando no sea declarado falso; por otra parte están los documentos privados los cuales se definen como aquellos que por su esencia pertenecen al ámbito del orden jurídico privado, que dejan constancia de acaecimientos realizados dentro de la esfera privado y trascienden tan sólo a situaciones jurídicas de esta índole.

El documento es un buen medio de prueba judicial, en su origen del documento como prueba en cualquier sociedad y tiempo es consecuencia directa del desarrollo social y económico, y su campo de acción en concreto, en las relaciones jurídicas extra procésales. Cuando esas relaciones sociales se hacen complejas, es cuando más se ha reconocido la utilidad de las pruebas exentas de eventualidades o de corrupción, de error o de mortalidad, que hacen tan peligroso el uso de la prueba testimonial.

Para Guasp (1968) al estudiar la naturaleza del documento lo considera como “Aquel Inedia de prueba que consiste en un objeto que puede, por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del Juez”. (p.391). Los actos importantes de la vida, jurídicos o materiales, de los cuales dependen los derechos y las obligaciones, no pueden dejarse a la pura memoria, más o menos fiel, de quienes han sido testigos de ellos. Por esto la utilidad de las pruebas documentales preconstituidas no es discutida, desde hace varios siglos su redacción ha sido una costumbre de todos los pueblos civilizados, especialmente hoy en día que son creados por medios electrónicos.

Según Rosemberg (1981):

> “Es una cosa representativa, vale decir una cosa material en la cual está representado un hecho, una declaración, un

> pensamiento del hombre, etc. De donde se deduce que son diferentes el medio representativo (cosa) y el hecho representado (objeto). Si no se llega a percibir esta diferencia, entre la declaración, el negocio o el contrato, que es el acto representado, y el documento que es la cosa representativa, no se podrá comprender la estructura propia del documento, lo que nos llevaría a confundir el escribir, que es un acto o una acción del hombre, con lo escrito, que es una cosa, documento." (p.112)

Vista la conceptualización que la doctrina le ha venido dando al documento, se puede decir entonces que, documento es toda cosa realizada por el hombre y perceptible por los sentidos. En el derecho moderno, la prueba documental no sólo se refiere a los escritos contenidos en el instrumento, sino también todo aquello del que derive un conocimiento aún sin ser escrito, pues documentos son también aquellos instrumentos representativos de hechos como fotografías, videos, películas calificadas como documentales sin locución o de simple representación.

Llamados también no declarativos como serían los gráficos, planos, mapas, y no sólo atiende a los documentos escritos y en este sentido, se entiende por prueba documental aquella que se refiere a instrumentos que las partes acreditan en el proceso en los lapsos acordados por la ley, o también aquellos documentos que se encuentran en oficinas públicas, en poder de terceros o bien que los tenga la parte contraria, pero que sean traídos; al proceso mediante los medios que acuerda la ley para ello, bien sea por exhibición, informe o intimación para su presentación.

Los documentos destinados a servir de prueba no tienen un nombre especial; unas veces se les llama actas, otras títulos; pero estas dos expresiones son ambiguas y siempre se aplican tanto al acto jurídico que se hace constar en el documento, como a su prueba escrita considerada en si

misma. Entre distingue entre documentos materiales y literales, se señalan las tarjetas, las marcas, los signos, las contraseñas; en los literales, señala las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica y para los cuales se reserva el nombre de instrumentos. Devis (1993),

> “En su razonamiento al definir el documento señala que es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera. Será declarativo representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como sucede con los escritos públicos o privados, o con los discos o cintas de grabaciones magnetofónicas. Será únicamente representativo, cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre con los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías.” (p.399)

Aceptada universalmente la concepción del documento como la representación objetiva de un pensamiento y trasladado al concepto de la prueba documental, tal prueba podrá estar contenida en documentos públicos o privados donde conste la declaración de las partes o el acto en el cual estuvieron presentes.

4.3.1. Principios que Rigen la Prueba Documental

Debe distinguirse en el documento, el contenido y el continente. La distinción es fácil de entender, recordando que el acto de la declaración es cosa diferente de la declaración misma. La declaración es el contenido, el documento es el continente. Ha de considerarse como autor del documento quien lo manda hacer, y, no quien lo forma materialmente. Por esta razón, el escribiente de un documento no es el autor, sino aquella persona por cuenta de quien lo hace. Siendo consecuencia lógica que lo más importante del documento lo constituye la presencia de su autor, porque es quien con la

expresión externa y manifiesta de su voluntad le da la existencia necesaria en las relaciones jurídicas.

La fecha es de importancia en los documentos, por tenerla, a su vez, los actos jurídicos a que ellos se refieren, o los acontecimientos que con los mismos se prueban. En algunos actos la fecha determina la validez del documento. Por fecha, se entiende la indicación del lugar, día y mes y año en los que se elaboró. En algunos casos, la ley requiere mayor precisión acerca de estas circunstancias, exigiendo la expresión de la hora. No debe confundirse la nominalidad con la autenticidad; un documento nominado puede ser privado, y, sin embargo no será auténtico.

El instrumento privado no lleva en sí mismo la prueba de su origen tal como sucede con el instrumento público, ya que no se tiene la evidencia cierta de que quien aparece calzándolo con su firma, sea verdaderamente su signatario. Presentado en un litigio puede ser impedida su eficacia por la persona a quien se le opone, si ella lo desconoce; y ante esta circunstancia, no le queda al interesado, sino lograr y buscar mediante acción en justicia que le sea reconocida su paternidad.

Los medios de prueba que pretenden hacer valer las partes, a veces tienen apariencia de legalidad y pertinencia, por lo que una oposición a nada conduciría, a pesar de que no son legales ni pertinentes, por ser ilegítimos, inexactos o falsos. Ante este supuesto, nace la otra alternativa que otorga a los litigantes el derecho de defensa en materia de pruebas. La impugnación del medio, para despojarlo de esa apariencia, la cual puede abarcar no sólo los requisitos de admisibilidad, sino al elemento credibilidad u otro. Si la apariencia no se desenmascara, el medio va a lucir legítimo, fidedigno o veraz, y el Juez de la causa tendrá que acogerlo con todas sus consecuencias. La impugnación busca quitarle el ropaje de apreciable al

medio y ella puede atender a varios motivos, aunque hay tres principales, la ilegitimidad, infidelidad y falsedad.

Durante la vigencia del sistema de pruebas legales (sólo las permitidas por la ley) que imperó en el proceso venezolano desde 1836 hasta 1987, cada medio lo regulaba la ley en sus formas e instituciones y así existían medios donde se desmenuzaba su impugnación y sus causas, tal como sucedía con la prueba por escrito para la cual el Código de Procedimiento Civil, a partir de 1897, instauró el juicio de tacha de falsedad instrumental, a fin de borrarle lo falso al medio; y en relación a la misma prueba, siempre existió la institución del desconocimiento, para impedir que los documentos privados no auténticos, pero con apariencia de haber emanado de las partes o de sus causantes, alcanzaran autenticidad.

A la prueba testimonial, también le señaló la ley un mecanismo para impugnarla, la tacha del testigo, destinada a desvirtuarlo por falso o por inhábil, lo que atenta contra la credibilidad de la declaración, al considerarlo sospechoso; mientras que a la confesión errónea se permitió revocarla, si se demostraba el error de hecho. La existencia en estos medios, de causales específicas para su impugnación y de mecanismos procedímentales creados para ella (procedimiento de tacha de falsedad instrumental o de tacha del testigo), fueron escondiendo una realidad, cual es que existía una institución procesal atinente a todas las pruebas, llamada impugnación, la cual atendía a la existencia de situaciones genéricas y que no obedecía a determinadas pruebas y a particulares eventos, como podía colegirse de los casos contemplados en la legislación procesal.

4.3.2. Fuerza Probatoria de los Documentos

Al investigar sobre la fuerza probatoria de los documentos se puede hablar de algunos doctrinarios como Carnelutti Rosemberg, Alsina, De la Plaza, Pietro Castro y Guasp, que están contestes al señalar que un medio de prueba son los instrumentos y órganos que suministran al Juez el conocimiento, y la fuente de prueba como el testigo, el perito, el confesante, el documento y la cosa que sirve de indicio lo que comprende el elemento personal y material de la prueba, es decir la adquisición de la prueba. De modo que si se, trata de probar un contrato y se aduce un medio de prueba documental escrito, el hecho a probar se deduce de los hechos narrados en ese documento.

Ahora, con relación a la fuerza probatoria de los documentos, entendido el documento como un medio de prueba indirecto, real, objetivo, histórico y representativo; en ocasiones declarativo por contener una declaración o un acto de voluntad realizado extra procesalmente, se esta en presencia de una prueba de segundo grado contenida en una cosa o en un objeto que sirve para representar un hecho cualquiera. El documento no representa un verdadero elemento de prueba en sentido material, sino formal, por lo que atendiendo a este carácter formal, se le debe considerar, para todo efecto procesal, como medio de prueba autónomo. El documento no es la declaración de voluntad, sino la representación de la declaración de voluntad. la declaración es un acto; el documento es objeto.

El documento es una cosa creada mediante un acto, por lo que se concluye en su análisis que el acto, testimonio o confesión, es un acto representativo del hecho testimoniado o confesado, mientras que el acto que crea el documento no es representativo del hecho narrado en éste, sino que se limita a crear el vehículo de representación, que es el documento. Desde

hace mucho tiempo ha existido la tendencia de considerar como sinónimo los términos documento, instrumento o escrito., como si todos ellos consistieran en escritos, producto de las referencias contenidas en el código de Napoleón al hacer referencia a los, escritos distinguiendo entre documentos públicos y privados.

Se observa que no todo documento consiste en un escrito, pero la cosa que lo contenga representativamente, es aceptada generalmente como documento, tal sería el caso desde principios de siglo, cuando se aceptó como documento la fotografía, el fonógrafo y la cinematografía, aceptados por autores como Carnelutti y Conture. Al decir que es representación y califica la prueba fotográfica como documento fotográfico, coincidiendo de este modo con los argentinos Lino Palacios y Hugo Alsina que también consideran el documento como un objeto susceptible de representación. Se puede demostrar que la mayoría de los autores sostienen el carácter representativo del documento.

Todo documento como medio de prueba debe tener por tanto una significación probatoria, lo que no significa que su aprobación necesariamente tenga que ser eficaz para probar el hecho que se propuso documentar y por ende, producir en el Juez el convencimiento sobre tal hecho. Pero se requiere del documento la existencia de una serie de requisitos para su existencia jurídica. Así, para los documentos considerados como públicos, para su eficacia se requiere de una serie de requisitos específicos tales como la intervención del funcionario público autorizado para ello, en ejercicio de sus funciones y su intervención para autorizar el acto, lo cual incluye su formación para darle esa autenticidad al hecho del cual se refieran los otorgantes. De faltar esta formalidad, se estará en presencia de un documento privado.

Los documentos públicos tienen una eficiencia probatoria privilegiada, debido a que tienen dos requisitos de carácter esencial tal es la autoría publica que se traduce en la legitimación de su autor (función documentadora) y la forma pública que en cada ordenamiento jurídico imponga la ley. Es por razón de la forma que los documentos se dividen en documentos públicos y privados pues todo depende de que los intervinientes del acto estén constreñidos a cumplir con determinadas normas de forma.

Al entrar en el campo de la electrónica se encuentra que el documento electrónico, hasta estos momentos es un aprueba documental privada, pues en la actualidad la autoridad de certificación es un tercero que por gozar de una determinada fama, el documento se hace más o menos confiable, pero es un apersona privada que emite documentos privados. Se considera que en un próximo futuro, se diseñen entidades o autoridades de certificación que gocen de la autoridad publica y a lo que se ha denominado fedatario electrónico. Considerando que tales funciones deberán recaer en instituciones tradicionales de emisión de documentos públicos como los notarios, registradores, corredores de comercio y funcionario público, lo que daría origen al nacimiento del documento electrónico o publico.

Al analizar la fuerza probatoria del documento electrónico, siendo que tales documentos tienen su origen de documentos privados, se puede observar que desde el punto de vista de su fuerza probatoria este documento es débil, por lo que existe la posibilidad de desconocer la escritura o la firma, cuando tal documento se presenta como prueba, por no presentar en si mismo, ninguna garantía de su origen. En el documento electrónico no existen precauciones para impedir el hecho de una redacción falsa, tampoco existen vestigios para reconocer el documento verdadero.

Por tanto, no hay ninguna razón para presumir a priori, que la firma es realmente de la persona a quien se atribuye o que su contenido es cierto. De manera que como sucede con los demás medios probatorios, también en el documento electrónico se requiere para su eficacia probatoria, que éste establecida o presumida su autenticidad, el Juez debe estar seguro de la autenticidad, del documento para considerarlo como medio de prueba. Esta autenticidad puede estar presumida legalmente como ocurre, con los documentos negociables como la letra de cambio, el cheque, el pagaré, etc, o requerir prueba de cargo de parte interesada en usarlo a su favor, lo que también incluye el reconocimiento de la parte contraria, por tratarse de un documento privado, como sucede en el caso tradicional.

Siendo lo lógico, pues al no tener certeza de si el documento es legitimo o falso, no será posible imputárselo a quien aparezca como su autor y mucho menos deducir de su contenido una consecuencia que le sea adversa. De lo expuesto anteriormente, se deduce la regla en materia de prueba documental, mediante la cual a quien se opone un documento privado puede limitarse a desconocerlo en su contenido y firma, o en cualesquiera de uno de ellos, cuando el documento le es opuesto como el emanado de esa persona si el acto es opuesto a un heredero o a otro causahabiente de su pretendido signatario, éstos también pueden desconocerlo.

Con la finalidad de tener una visión acerca de la normativa legal vigente en Venezuela, en relación con la fuerza probatoria de los documentos, existen normas que son suficientes con una simple declaración, para privar en forma provisional al documento desconocido de toda su fuerza probatoria correspondiéndole al adversario que pretenda basarse en tal documento, establecer su origen. El Código Civil Venezolano en el artículo 1363 dispone:

> “El instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público, en el que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace fe, hasta prueba en contrario de la verdad de esas declaraciones.”

Es de hacer la observación que el documento privado reconocido seguirá teniendo ese carácter de documento autentico, por cuanto la autenticación confiere esta cualidad a la firma y a las declaraciones de los reconocientes, así se le registre, y podrá en todo caso, ser desvirtuado por cualquier prueba en contrario.

El mismo Código en el artículo 1364 expresa:

> “Aquél contra quien se produce o a quien se exige el reconocimiento de un instrumento privado esta obligado a reconocerlo o negarlo formalmente. Si no lo hiciere, se tendrá igualmente como reconocido. Los herederos o causahabientes pueden limitarse a declarar que no conocen la firma de su causante.”

Reconocido el instrumento privado, o si se declara debidamente reconocido, tiene para las partes y sus sucesores las misma consecuencias y eficacia que un instrumento público. El reconocimiento es indivisible y tiene la misma fuerza contra el reconocedor y contra el presentante del instrumento.

El Código Civil venezolano en el artículo 1365 establece: “Cuando la parte niega la firma o cuando sus herederos o causahabientes declaran no conocerla, se procederá a la comprobación del instrumento en el Código de

Procedimiento Civil.”. El desconocimiento de la firma por parte de la parte debe ser categórico y formal; la negativa debe ser clara, precisa y especifica; y si son varios documentos debe concretarse en cuales niega la firma y en cuales la reconoce; la otra parte pueda ser valer su derecho positivamente desconocidos.

De modo que, al estar en presencia de un documento privado, el establecimiento de su origen se verifica por medio de un procedimiento especial llamado cotejo y que en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, se normaliza al expresar lo siguiente:

> “La parte contra quien se produzca en juicio un instrumento privado como emanado de ella o de algún causante suyo, deberá manifestar formalmente si lo reconoce o lo niega, ya en el acto de la contestación de la demanda, si el instrumento se ha reproducido con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes a aquel en que ha sido producido, cuando lo fuere posteriormente a dicho acto. El silencio de la parte a este respecto, dará por reconocido el instrumento.”

El reconocimiento de instrumento privado es la declaración o confesión que hace el emplazado de alguna obligación a favor de otro o de algún instrumento privado que otorgó y tiene por objeto hacer que los instrumentos tengan plena validez en el juicio a promoverse, o en el promovido si se pide dentro del juicio. Reconocido un instrumento privado, o si se declara debidamente reconocido, tiene para las partes y sus sucesores las mismas consecuencias y eficacia que .un instrumento público. El reconocimiento es indivisible y tiene la misma fuerza contra el reconocedor y contra el presentante del instrumento.

El reconocimiento es expreso, cuando lo hace el obligado, y tácito cuando se manda dar por reconocido en rebeldía o silencio de la parte. Negada la firma o declarado por los herederos o causahabientes no conocerla, toca a la parte que produjo el instrumento probar su autenticidad. A este efecto, puede promover la prueba de cotejo, y la de testigos, cuando no fuere posible hacer el cotejo, el cual es el medio probatorio que consiste en la comparación de un documento auténtico con otro cuya autenticidad se pretende acreditar. El dictamen se aprecia según las regla de la sana critica, esto es, que no constituye prueba plena, lo que está justificado por tratarse de una prueba pericial.

Cabe preguntarse ¿Hay cotejo en los documentos informáticos? En documentos informáticos no hay firma dada que se verifica con el clic, por ende, no puede ser generada más que por el emisor del documento, por lo que es infalsificable e inimitable. Con relación a la impugnación de instrumentos privados, establece el artículo 430 del Código de Procedimiento Civil venezolano que: “Respecto de los instrumentos privados, cartas o telegramas provenientes de la parte contraria, se observarán las disposiciones sobre tacha y reconocimiento de instrumentos privados”.

De haberse elegido la tacha incidental o principal del instrumento es preciso que la parte que utilizó esta vía de impugnación formalice su alegato con explanación de los motivos y hechos en el plazo que le otorga la ley. Se ha dicho que el origen del documento privado se verifica mediante el procedimiento de cotejo, en este sentido en artículo 445 del Código de Procedimiento Civil venezolano expresa que:

> “Negada la firma o declarado por los herederos o causahabientes no conocerla, toca a la parte que produjo el instrumento probar su autenticidad. A este efecto, puede

> promover la prueba de cotejo, y la de testigos cuando no fuere posible hacer el cotejo.
> Si resultare la autenticidad del instrumento, se impondrán las cosas a la parte que lo haya negado, conforme a lo dispuesto en el articulo 276."

Cuando esto sucediere se be recurrir a lo contemplado en el Código Civil venezolano en su artículo 1365 donde se procederá a comprobar la autenticidad del instrumento presentado. Actualmente, la prueba pericial caligráfica ha hecho grandes progresos siendo fácilmente descubiertas las falsificaciones por medios técnicos ingeniosos, pero resulta ser que en los documentos informáticos no existe forma alguna, por lo que se preguntan ¿Como se verifica su origen? La respuesta será, simplemente entrando a la página Web, se realiza y acepta transacción mediante el clic. Por lo tanto, de acuerdo con las precitadas disposiciones, si la parte a quien se opone un documento no lo objeta, su silencio es interpretado como un reconocimiento, teniéndose por reconocido tal documento.

4.4. Documentos Públicos

El Código Civil Venezolano en su artículo 1357 no da el concepto de documento público, sino se limita enumerar las formalidades que le dan su característica, diciendo que instrumento público es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un registrador, Juez y otro funcionario que tenga facultad para darle fe pública y en el lugar donde el instrumento haya sido autorizado.

En el mismo predicamento se encuentran las legislaciones alemana, italiana y española; lo que hace decir que son los autorizados por funcionarios públicos o depositarios de la fe pública dentro de los límites de su competencia, y con las solemnidades prescritas por la ley. Contemplando

el aspecto formal y las solemnidades que por imperativo legal deben revestir, no cabe reprocharla, en principio, sino que resultan poco profundas, ya que se detienen en un concepto que, apreciable y suficientemente para la práctica, no cala la esencia más íntima del fenómeno que se conoce con el nombre de documento público.

La verdad es que ni el sujeto, ni el objeto, ni la actividad califican en el fondo a un documento público, sino la plena y radical pertenencia de éste a la esfera del ordenamiento jurídico público, en que el documento se refiere a una realidad que vive dentro del mundo del derecho público y no del derecho privado. El instrumento puede definirse, atendiendo a la constante doctrinal como el autorizado por el funcionario competente con facultad para dar fe pública y teniendo como finalidad la de comprobar la veracidad de actos y relaciones jurídicas que han de tener influencia en la esfera del derecho siendo valederos contra toda clase de personas.

Según la jurisprudencia venezolana, para que el instrumento tenga el carácter que le otorga la ley, es necesaria la intervención de un registrador, de un Juez o de otro funcionario público; es decir, que se de su formación con arreglo a las atribuciones que le están señaladas legalmente. La calidad de público corresponde a cualquier documento, escrito o no, que tenga su origen en la actividad de un funcionario público, en el ejercicio del cargo, de manera que comprende las fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos, planos, cuadros y similares que provengan de una oficina o entidad pública.

El mundo jurídico está dividido fundamentalmente en dos campos, normas y hechos. Todas las normas jurídicas pertenecen, sin discusión, al mundo jurídico; pero la mayoría de los hechos no preocupan al derecho. Hay algunos de ellos que interesan al derecho, viniendo a ser fuentes de

derechos subjetivos. La existencia del hecho jurídico constituye un problema para la aplicación del derecho, porque éste no escapa a las categorías del espacio y del tiempo; y por más que un hecho no sea ostensible, al derecho le interesa recogerlo para fijar no sólo su existencia, sino las circunstancias de lugar y tiempo en los que sucedió.

Las condiciones para que un instrumento tenga carácter de público son las siguientes:

- Que éste autorizado por un funcionario público:

  * Que el acto sea autorizado por un registrador, Juez u otro funcionario.

  * Que el funcionario esté facultado para autorizar esa clase de documentos (*rationae materiae*) de manera tal que les de fe pública.

  * Que el documento sea autorizado en el lugar donde ejerza sus funciones. Las condiciones enumeradas son requisitos necesarios, a la existencia de todo documento público, ya sean autorizados por un funcionario, sin intervención directa de los particulares, como sucede en la sentencia judicial; o cuando, se trata de documentos abonados por un funcionario a instancia y con intervención de las partes; como es el de los documentos acreditados por un Juez o registrador.

- Que se hayan cumplido determinadas formalidades y observado ciertas solemnidades legales en su formación. Para que un documento público exista y valga como tal, es indispensable que en su formación, se hayan dado ciertas formalidades y solemnidades, las cuales pueden variar, según el tipo de documento. Estas formalidades son:

  * La presencia del funcionario que autorice el acto.

  * La presencia de los otorgantes del documento y de los testigos del otorgamiento.

* Fe de conocimiento de los otorgantes por parte del funcionario respectivo.

* Juicio sobre la capacidad de los que intervienen en la formación

* Calificación del acto.

* Lectura del documento.

* Dación de fe por parte del funcionario correspondiente.

* Consentimiento de los otorgantes.

* Firma de los intervinientes en la formación del documento.

* Existencia de un protocolo.

4.4.1. Valor Probatorio de los Documentos Públicos

El documento público hace plena fe así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación. Es de advertir que esta plena fe que la ley concede a la afirmación del funcionario autorizado se limita estrictamente a los actos y hechos que dicho funcionario ha podido y ha debido acreditar con motivo del lugar, tiempo y formación del documento. El documento público mientras no sea declarado falso hace plena fe de lo siguiente:

- De los hechos jurídicos que el funcionario declara haber efectuado, si tenía facultad para ello.

- De los hechos jurídicos que el funcionario declara haber visto u oído siempre que esté facultado para hacerlo constar.

- De la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae pudiendo ser que el acto haya sido simulado, de lo cual no puede dar cuenta el funcionario.

El instrumento público o auténtico según lo define el artículo 1357 del Código Civil, es el que ha sido autorizado, con las solemnidades legales, por un registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública en el lugar donde el instrumento se haya autorizado. Para que el instrumento tenga el carácter que le atribuye la precedente definición, es necesario la intervención del registrador, del Juez o de otro funcionario o empleado público que esté autorizado para intervenir, y, por tanto, para imprimirle fe pública; en otros términos, que sea de su competencia, con arreglo a las atribuciones que le estén señaladas legalmente.

Todo lo que extralimite la definición de tales atribuciones constituye una usurpación de autoridad; que el acto sea autorizado por el funcionario público en el lugar donde ejerce su poder porque de no ser así incurre igualmente en usurpación de funciones, y éste es ineficaz y sus actos son nulos; y que en el acto se cumplan las solemnidades legales, porque no es lógico que el quebrantamiento de la ley pueda servir de base al valor jurídico de aquél. Si falta alguno de estos requisitos, el documento no tendrá la fuerza de público; sólo, en consecuencia, será válido como instrumento privado, con tal que haya sido firmado por las partes, de acuerdo con lo que estatuye el artículo 1358 de la ley sustantiva civil patria.

4.5. Documentos Privados

Los documentos privados pueden ser definidos como aquellos que por su esencia pertenecen al ámbito del orden jurídico privado, que dejan constancia de acaecimientos realizados dentro de la esfera privada y trascienden tan sólo a situaciones jurídicas de esta índole. La intervención de sujetos no oficiales, lo particular de la materia documentada, la ausencia de formas o solemnidades, son elementos característicos indispensables en su constitución.

Son los que las partes o terceros, conjunta o aisladamente, extienden sin intervención del funcionario público y las escrituras defectuosas por incompetencia del notario o por otra falta de forma, si están firmadas por los otorgantes. Vienen a ser los producidos por las partes sin intervención de funcionarios públicos, pudiendo ser otorgados conjuntamente (Contratos) o individualmente (correspondencia comercia lo cartas masivas).

Siguiendo el pensamiento de la jurisprudencia nacional, con los documentos privados, pueden probarse todos los actos o contratos que, disposición de la ley, no requieren ser extendidos en escritura pública o revestir solemnidades especiales, pero esta clase de instrumentos no valen nada por sí mismos, mientras no son reconocidos por la parte a quien se oponen o sean tenidos como legalmente reconocidos. Cuando el documento público es defectuoso y no tiene fuerza de tal ya sea por incompetencia del funcionario o por defecto de forma, (artículo 1358 del Código Civil), tendrá el carácter de documento privado siempre que haya sido firmado por las partes.

El texto legal citado al tratar en su título XXII del registro público, expresa en su artículo 1917, que el título registrado, en el cual no se hubieren

cumplido las formalidades pautadas en los artículos 1915 y 1916; o no tendrá efecto contra terceros respecto de la parte donde concurriere la omisión.

Atendiendo a su función e importancia en las relaciones jurídicas, se clasifican, tantos los públicos como los privados, en documentos *ad probationem* que sirven para demostrar la relación jurídica que diera lugar a su nacimiento y las convenciones en él contenidas; y ad *solemnitatem*, los que son imprescindibles para darle validez a la relación jurídica, y sin su formación dicho acto es considerado como inexistente.

Para que se den las condiciones en la existencia del documento privado, se llega a la conclusión que pueden revestir una gran variedad, pudiendo los interesados formarlos como mejor les parezca, sin la exigencia de ningún requisito, a menos que se trate de aquellos reglamentados en las disposiciones legales, como el cheque, la letra de cambio y los libros de los comerciantes. En algunas ocasiones, el instrumento tiene en sí mismo una formalidad, como lo es el testamento otorgado solamente ante testigos, y a que se refiere el artículo 853 del Código Civil.

En el ordenamiento procesal y en algunas otras legislaciones se tiene como requisito esencial para su existencia, que haya sido firmado por la persona a quien se opone, no pudiendo ser reemplazada la firma, con una cruz, marca, sello u otro distintivo, aunque el acto se haya efectuado en presencia de testigos. Así, el artículo 1.368 del Código Civil dice:

> “El instrumento privado debe estar suscrito por el obligado, y, además, debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento, en aquellos en la que una sola de las partes se obligue hacia otra a entregarle una cantidad de dinero, u otra cosa apreciable en dinero.”

Es de derecho que cuando en el documento privado una sola de las partes se obliga a entregarle a la otra una cantidad de dinero, o cosa no apreciable en dinero, ha de estar suscrito por el obligado, cumpliéndose igualmente las demás formalidades contenidas en el artículo 1368 del Código Civil, a que antes se ha referido, teniendo esto por finalidad, impedir los abusos de la firma en blanco; y de igual manera, deben de extenderse varios ejemplares cuando las obligaciones contenidas en el instrumento sean bilaterales y diversos los obligados.

La ley reconoce y le da determinado valor probatorio, a algunos documentos privados no firmados, así como los libros de los comerciantes, que hacen fe contra ellos cuando están bien llevados (artículo 1377 del Código Civil); los registros y papeles domésticos. Estos no hacen fe a favor de quien los ha escrito, pero sí en contra suya, al darse lo siguiente: (a) Cuando enuncian formalmente un pago que se le ha hecho, (b) Cuando contienen mención expresa de haberse hecho la anotación para suplir la falta de documento en favor del acreedor (artículo 1378 del Código Civil); toda anotación puesta por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de su titulo de crédito, cuando tiende a demostrar la liberación del deudor dando fe, aunque no contenga la fecha, ni la firma del acreedor, pero siempre que el título haya permanecido en sus manos (artículo 1379 del Código Civil); las cartas misivas, pero siempre que se observen las reglas establecidas en el artículo 1371 del dicho Código Civil; y los telegramas, cuando lleva el original la firma del remitente, en caso de no estar firmado, se demuestre la autografía, y que el original lo ha entregado o hecho entregar la misma persona en la oficina telegráfica (artículo 1379 del Código Civil).

Con el documento privado, pueden probarse todos aquellos actos o contratos que por disposición de la ley, no requieran ser extendidos en papel sellado, aunque no se hayan satisfecho los impuestos correspondientes a los

timbres fiscales (artículo 1370 del Código Civil). El documento público o auténtico tiene por sí mismo fecha cierta para todo el mundo (erga-omnes), y ella es la del día en que fue protocolizado o formalizado ante el registrador u otro funcionario competente; y no podrá ser desconocida o impugnada, sino demostrando la falsedad del documento.

El documento privado se encuentra en una situación completamente diferente, es obra exclusiva de las partes, elaborado sin la intervención de funcionario alguno, ni sujeto a formalidades; en consecuencia, sus otorgantes movidos por un interés que a veces puede ser lícito, podrán anteponer su fecha y hacerlo aparecer como muy anterior. La fecha valdrá para las partes que convinieron en fijarla; pero en cuanto a los terceros y contra todos quienes pueda obrar; el legislador ha dictado reglas para determinar su certeza, dado que, en más de las veces, será imposible acreditar la verdad por los medios ordinarios de prueba; mejor dicho, el establecimiento de la fecha, no será pública y cierta, mientras no se produzcan los acontecimientos previstos en el artículo 1369 del Código Civil, que norma: “La fecha de los instrumentos privados no se cuenta, respecto de terceros, sino desde que alguno de los que lo hayan firmado haya muerto o haya quedado en la imposibilidad física de escribir, o desde que el instrumento se haya copiado o incorporado en algún registro público...”.

Desde ese momento y por los irrefragables motivos antes enunciados, la fecha del instrumento privado, es cierta; siendo de advertir que no basta la simple mención al hacer el inventario, es preciso que conste la sustancia del acto en él contenido para evitar sustituciones. Se ha dicho, que el documento privado tiene para las partes como fecha cierta, aquélla que figura en su cuerpo, la que es valedera tanto para sus sucesores universales, como para sus causahabientes a título particular; pero sólo hasta prueba en contrario.

No se necesita tacharlo de falso, porgue no siempre la constituye en los documentos privados la antedata, como sucede en los instrumentos públicos. Las partes o sus causahabientes, no tendrán interés en impugnar la fecha aparente, sino cuando sostengan que el documento fue antedatado para esconder un fraude, y, entonces es evidente que no puede negárseles el derecho de probar el acto doloso, según las prescripciones contempladas al efecto por el legislador.

Con los documentos privados pueden probarse todos los actos o contratos que por disposición de la ley, no requieren ser extendidos en escritura pública, o revestir solemnidades legales. Pero ellos no valen de nada por sí mismos, mientras no sean reconocidos por la parte a quien se oponen, o tenidos legalmente por reconocidos, tal como lo señala el artículo 1363 del Código Civil. Por tanto, el documento privado, obra exclusiva de los particulares, no puede tener fuerza probatoria, sino cuando es verdadero, o sea, emanado de la persona o personas a quien se le atribuye.

Su autenticidad, por tanto, resulta de ser suscrito por la persona de quien se dice es su autor, carácter que debe probarse por quien lo asevere, pudiendo hacerse la gestión de un modo preventivo a la acción o reclamación que ha de intentarse ulteriormente a ello. De modo preventivo se logra, mediante la intervención notarial o del Juez competente, por medio de la autenticación, y en forma ulterior, mediante el reconocimiento espontáneo o judicial. El espontáneo es un hecho normal que no exige aclaraciones y puede ser probado como cualquier hecho simple.

La diferencia existente entre el instrumento publico y el privado como ya se ha expresado en líneas anteriores se fundamenta en que en el otorgamiento de un instrumento privado no interviene ningún funcionario; pero quizá lo más notorio de la distinción, reside en que la persona

presentante en juicio de un instrumento público no está obligada a justificar la veracidad del mismo, tocándole a la parte que lo enerva en falsedad acreditar la impugnación.

El instrumento privado, si es impugnado, le toca al presentante la carga de la prueba. El artículo 1363 del Código Civil, no hace otra cosa que asimilar el privado al público, en cuanto a su fuerza probatoria, sin darle nunca la misma categoría, concediéndole un mismo efecto entre las partes y los terceros; pero solo ad probationem, y en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones, se puede observar, por tanto, una cierta concordancia entre los artículos 1360 y 1363 del Código Civil, que tratan esta materia.

4.5.1. Valor Probatorio de los Documentos Privados

Analizada la fuerza probatoria de los documentos privados respecto a la firma. En principio el documento privado reconocido voluntariamente hace prueba plena de su contenido de conformidad, con el artículo 1363 de Código Civil venezolano, al indicar que en estos pasos tiene la misma fe que el documento auténtico. Por lo tanto, se considera cierta la existencia del hecho o del acto que conste en él, así como su circunstancia si es un hecho, o sus cláusulas y condiciones si es un acto jurídico. Sin embargo es posible destruir esta prueba pues no es seguro que el documento proporcione fielmente la verdad.

Específicamente con relación a la prueba documental, los ordenamientos jurídicos, siguiendo los postulados de Carnelutti han regulado la verificación de la prueba documental mediante la comparación de escrituras y juicios de falsedad, donde la comparación tiene como fin la verificación de la procedencia del documento, su autoría y autenticidad.

Por esto la parte a quien se le opone un documento, puede reconocerlo expresa o tácitamente; puede también servirse del documento y admitir los hechos en él contenidos, o por el contrario, puede no reconocer el documento y lo impugna o tacha de falsedad, lo que debe ser específico e inmediato, correspondiéndole al que produjo el documento solicitar la verificación de su autenticidad. Este procedimiento de verificación es lo que tradicionalmente se ha designado como cotejo, lo que no impide que la autenticidad sea acreditada mediante otros medios que no sea la comparación de escritura, tales como la confesión, las presunciones o la testimonial.

En el documento electrónico, la comparación de escrituras como medio para la verificación del documento no es aceptada, pues la misma se fundamenta en la investigación acerca de la veracidad de la firma y cuerpo de escritura del documento por un experto calígrafo.

El documento electrónico para su verificación, necesitara de una prueba pericial realizada por un experto informático en comunicaciones, que comprobara la titularidad indiscutible del documento y la no alteración del contenido. ¿En qué forma puede ser combatida la prueba documental privada, por la parte a quien se le opone? La ley no es explicita sobre este punto, que por tanto, debe resolverse, conforme a la tradición y a los principios generales mediante una distinción.

Si la parte pretende que el documento, originalmente exacto con posterioridad fue falsificado en su redacción, en virtud de haber sido borrado o interlineado, el único recurso que tiene es la vía de la denuncia de falsedad, pero no en cuanto a los documentos informáticos que se ha hecho referencia. Si se pretende que el documento no ha sufrido ninguna alteración material, pero que desde su origen no contiene la verdad, en tal caso, se

afirma que hay simulación. En principio, solamente se puede probar la simulación por escrito, por estar frente a la posibilidad de procurarse tal prueba por medio de un contra documento.

No existe en Venezuela normativa que regule esta institución en cuanto a los documentos informáticos, siendo posible destruir la autoría de los documentos privados sin enunciar la falsedad tan solo como la simple presentación de pruebas contrarias, por lo que se expresa de lo anterior, que los documentos privados hacen fe de su contenido hasta prueba en contrario. En el caso de Venezuela con relación al derecho informático, Peñaranda, (1999), al tratar el derecho informático, señala que:

> “Son muy pocos los sustentos que encontramos para el estudio de esta materia, tal vez una aplicación se limita fundamentalmente a la aparición de libros con normativas (doctrina), y comentarios de derecho informático. Pero tal vez sea más fácil para los abogados buscar esta normativa en las otras ramas del derecho, por ejemplo, acudir al Código Civil para ver lo relativo a las personas (protección de datos, derecho a la intimidad, responsabilidad civil, entre otras) resulta, sin embargo, que esta situación no se acopla con la realidad informática del mundo, ya que existen otras figuras como los contratos electrónicos y documentos electrónicos, que llaman a instituciones que pertenezcan a una rama autónoma del derecho. En este orden de ideas, es menester entonces concluir que en el derecho informático si existe legislación específica, que protege el campo informático.” (p. 96)

El valor probatorio de los documentos esta determinado por la clase a la cual pertenezca, siendo divididos en públicos y solemnes, por una parte, y por otra en privados y la correspondencia. Los documentos públicos son eficaces en juicios por razón de la autoría y de la forma; y los documentos

privados tendrán la misma eficacia probatoria del documento público siempre y cuando sea reconocido por las partes, en esta forma hace prueba plena de su contenido. Es bueno también destacar el valor probatorio de los documentos informáticos que deben ajustarse a la normativa, tanto del Código Civil como al del Procedimiento Civil y al Decreto con Fuerza de Ley sobre el Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.

4.6. Documento Informático o Electrónico.

A fines del siglo XX, aparece la computadora como un instrumento típico, tal como el automóvil lo fue en sus principio, siendo los propulsores en su desarrollo, la construcción de la sumadora en 1642 por BIas Pascal cuyo desarrollo fue interrumpido en la época por la amenaza de empleo que ésta conllevaba. Su desarrollo fue retomado por uno de los representantes del saber clásico universal en 1671, por Gottfried Leibniz, introduciendo importantes avances construyeron una máquina que no sólo sumaba y restaba como la de Pascal, sino que también multiplicaba y dividía y también procuró la simplificación de la aritmética mediante el sistema binario, este sistema, según Guibourg y otros, binario por constar de dos dígitos tiene la ventaja de que sus símbolos pueden estar representados por dos estados de un circuito eléctrico que por él pase o no una corriente. Este es el principio fundamental de las computadoras.

A partir de las ideas de Pascal y Leibniz comienza el desarrollo de la tecnología, la mecánica y luego la eléctrica. Hoy con todos sus avances el microprocesador, o circuito integrado que cumple las funciones de la unidad central de proceso de un ordenador, ha marcado el comienzo de una nueva etapa, produciendo la electrónica una revolución en la sociedad con la incorporación de las computadoras en la vida cotidiana. Todo esto cambia la

estructura interna de la sociedad al alterar los métodos para conseguir y para emplear la información, las técnicas de comunicación y de trabajo, para lo cual se prevé un vinculo interactivo entre hombre y máquina con un sistema capaz de emplear el lenguaje escrito y hablado, gráficos, imágenes y otras formas de comunicación.

Por Documento Electrónico se entiende aquel que proviene de la elaboración electrónica. Si lo normal es la presentación de escritos como prueba en el proceso, el avance tecnológico, que ha ido conduciendo a la tecnificación de las relaciones, ha hecho posible otras formas de documento distintos a los simples escritos conocidos tradicionalmente; por este motivo, se ha ido adaptando a los tiempos, fruto del trabajo doctrinal y Jurisprudencial, no así del legislador, ya que desde que en el Derecho de Partidas se diera un concepto de documento no ha habido norma jurídica alguna que llevar a cabo este cometido.

La modificación acaecida puede pasar por el momento desapercibida, pero lleva incita una revolución de proporciones y consecuencias difíciles de cuantificar a priori, pero sencillas de avizorar en un mundo crecientemente tecnificado, que tiende a la conducción de la economía y la eficacia. Expresa Guibourg (1999): “El documento electrónico es aquél que ha sido emitido por una computadora, pero no lo suficiente para clarificar el concepto.” (p.234). El documento electrónico en sentido estricto es aquél que queda almacenado en la memoria del computador y no puede llegar a conocimiento del hombre sino mediante el empleo de tecnología informática, del documento electrónico en sentido amplio, el que es procesado por el computador por medio de periféricos de salida y se torna susceptible de conocimiento por el hombre.

La diferencia entre el documento electrónico y el documento tradicionalmente conocido o escrito, sólo está referida al soporte de la información contenida en un papel (*hard copy*) o una memoria magnética (*soft copy*). El punto crucial es el origen del documento determinando si este ha sido generado por el hombre y se almacena o reproduce por intermedio del ordenador o por el contrario, ha sido generado por el propio computador donde la existencia del contenido del documento subsiste por alguna combinación de la información disponible con ciertas instrucciones que operan en su sistema.

Es importante señalar que las técnicas de producción y de reproducción de documentos han logrado ofrecer una gran cantidad de opciones en un proceso de progresiva simplicidad, velocidad creciente y seguridad aceptable en aras de una perfección que pudiera dar respuesta satisfactoria a la gran acumulación de información de distinto tipo: negocial comercial, administrativo, registral, jurídico y estadístico en soporte electrónico.

La multiplicación de los documentos electrónicos en soporte de papel y la necesidad de su archivo y recuperación inmediata, transforma el problema de su legalidad en la necesidad de contribuir con estos archivos y buscar la forma de tener gran información en forma correlativa y conservada, pero al mismo tiempo obtener la información de lo que fuere necesario en tiempo y forma oportuna de respuesta. La respuesta se obtiene a partir de los recursos de nuevas técnicas que han permitido reducir aquel fenómeno, protegiendo los originales, garantizando su durabilidad por lapsos establecidos según sea la práctica comercial, administrativa o en la legislación que esté vigente; obteniendo la documentación y la información contenida en ella en forma rápida y efectiva.

4.6.1. Valor Probatorio de los Documentos Informáticos

El valor probatorio de los documentos esta determinada por la clase a la cual pertenezcan, siendo divididos en públicos y solemnes, por una parte, y por otra en privados y la correspondencia. De conformidad con el Código Civil venezolano, los documentos públicos son eficaces en juicio por razón de la autoría y de la forma, así tomando en cuenta que sea de ésta naturaleza, el artículo 1359, señala:

> "El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1° de los hechos jurídico que el funcionario publico declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos. 2° de los hechos jurídicos que el funcionario publico declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlo constar."

Cuando la ley exige prueba fehaciente de algún hecho, tal cualidad no se limita al carácter de autenticidad de la prueba, sino que ve implícita en ella la necesaria y obvia adecuación entre el contenido del documento público. Por otra parte con relación a su forma expresa el artículo 1360 del Código Civil Venezolano que:

> "El instrumento publico hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación."

El documento público es prueba fehaciente respecto al derecho al que se contrae, pero no respecto a hechos o derechos extraños a su contenido. Su fuerza aprobatoria es en tal virtud, completa entre las partes y respecto de terceros. Así, los documentos públicos como tales hacen pruebas con efectos *erga omnes*, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste teniendo que seguir tres requisitos a saber, intervención del funcionario, la competencia de éste y la observancia de las solemnidades legales que determina su eficacia que le otorgan la presunción de veracidad al documento publico; solo para el caso de que sea impugnado, se procederá a su comprobación. Es importante destacar la apreciación judicial que han de tener los documentos que el Código de Procedimiento Civil venezolano señala en su artículo 429.

En cuanto a la fuerza probatoria de la copias de los documentos públicos, según el citado artículo, harán prueba salvo que fuesen impugnados por la parte a quien se le opuso, en este caso deberán cotejarse con el original; en caso de discordancia entre la copia y el protocolo se estará a lo dispuesto en este ultimo, conforme a los postulados del derecho común. El documento privado, según el artículo 1363 del Código Civil venezolano, tendrá la misma eficacia probatoria del documento publico siempre que sea reconocido o tenido legalmente por reconocido, así entre las partes como respecto de terceros. En relación con el valor probatorio de los documentos privados no existe ninguna norma que regule la eficacia probatoria de estos documentos, salvo que fuesen reconocidos en juicio por quien lo otorgó, o comprobada su autenticidad mediante cotejo.

El Código de Procedimiento Civil venezolano, en su articulo 444, obliga al reconocimiento en juicio del documento privado por la parte a quien se le opone o de algún causante suyo, pues el silencio lo dará por reconocido. El tratamiento para su valoración esta regido por la sana critica y harán prueba,

solo si son reconocidos o admitidos por la parte contraria, teniendo eficacia si ciertamente se conoce su autoría.

El reconocimiento de instrumento privado, es la declaración o confesión que hace el emplazado de alguna obligación a favor de otro o de algún instrumento privado que otorgó y tiene por objeto hacer que los instrumentos tengan plena validez en el juicio a promoverse, o en el promovido si se pide dentro del juicio. Reconocido un instrumento privado, o si se declara debidamente reconocido, tiene para las partes y sus sucesores las mismas consecuencias y eficacia que un instrumento público.

El reconocimiento es indivisible y tiene la misma fuerza contra el reconocedor y contra el presentan te del instrumento. El reconocimiento es expreso, cuando lo hace el obligado, y tácito cuando se manda dar por reconocido en rebeldía o silencio de la parte.

Negada la firma o declarado por los herederos o causa habientes no conocerla, toca a la parte que produjo el instrumento para probar su autenticidad. A este efecto, puede promover la prueba de cotejo, y la de testigos, cuando no fuere posible hacer el cotejo. El cotejo, es el medio probatorio que consiste en la comparación de un documento auténtico con otro cuya autenticidad se pretende acreditar. El dictamen se aprecia según las regla de la sana crítica, esto es, que no constituye prueba plena, lo que está justificado por tratarse de una prueba pericial.

En el caso de que se investigue la procedencia del documento privado, establece el artículo 631 del Código de Procedimiento Civil que:

> “Para preparar la vía ejecutiva puede pedir el acreedor, ante cualquier Juez del domicilio del deudor o del lugar donde se

> encuentre éste, el reconocimiento de su firma extendida en instrumento privado, y el Juez le ordenará que declare sobre la petición.
> La resistencia del deudor a contestar afirmativa o negativamente dará fuerza ejecutiva al instrumento. También producirá el mismo efecto la falta de comparecencia del deudor a la citación que con tal objeto se le haga; y en dicha citación deberá especificarse circunstanciadamente el instrumento sobre que verse el reconocimiento.
> Si el instrumento no fuere reconocido, podrá el acreedor usar de su derecho en juicio.
> Si fuere tachado de falso, se seguirá el juicio correspondiente si el Tribunal fuere competente, y de no serlo, se pasarán los autos al que lo sea."

Carnelutti define al título ejecutivo como el instrumento integral que prueba la pretensión del actor. Según Cuenca, el título ejecutivo debe bastar por sí solo a la prueba del actor, es decir, es autónomo, no necesita de otra prueba. El título auténtico demuestra la totalidad integral de la obligación, pero hay algo más; esa prueba debe haber sido hecha y obtenida antes del proceso. El legislador ha previsto un pequeño juicio no contencioso, preparatorio de la vía ejecutiva, es decir; que son una serie de actos preliminares tendentes a obtener del deudor el reconocimiento del documento privado suscrito por el mismo y que habrá de servir de fundamento para intentar la vía ejecutiva.

Su resistencia a contestar o la falta de comparecencia del deudor dará fuerza ejecutiva al instrumento. Ahora bien los documentos electrónicos están considerados como privados, no existiendo regulación para su valoración, se considera que puede ser aplicado a los documentos electrónicos siguiendo las normas descritas pero sin que pueda llegar a modificar lo pactado en documento publico como contra escritura, para perjudicar a terceros, según lo dispuesto en el articulo 1362 del Código Civil venezolano, al señalar que "Los instrumentos privados, hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumento publico, no producen efecto sino entre

los contratantes y sus sucesores a título universal. No se los puede oponer a terceros.”

Pero en la actualidad, existe en el País un Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas según decreto N° 1204 en la ciudad de Caracas el 10 de febrero del 2001; en este Decreto – Ley se incluyen unas series de artículos para la aplicabilidad del mismo. Como es bien sabido por todos que en términos generales, la legislación actual no reconoce el uso de los medios electrónicos de manera expresa y en caso de un litigio, el Juez o tribunal, tendrá que allegarse de medios de prueba libre y acudir a la sana crítica para determinar que una operación realizada por medios electrónicos es o no válida.

Esta situación ha originado que empresas y personas se sientan inseguras de realizar transacciones por medios electrónicos, debido a la incertidumbre legal en caso de controversias. Por ello se hace indispensable dar valor probatorio al uso de medios electrónicos en los procesos administrativos y judiciales, sin que quede al arbitrio del Juez considerar su validez probatoria, en caso de controversia, debido a una ausencia de regulación expresa.

Así se tiene que entre las principales disposiciones contenidas en el Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, se encuentran disposiciones que regulan:

- El mensaje de datos.
- La firma electrónica.
- Los certificados electrónicos.
- Los proveedores de servicios de certificación.

Como complemento necesario a estas disposiciones se crea la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, servicio autónomo con autonomía funcional, financiera y de gestión, adscrito al Ministerio de Ciencia y Tecnología, cuyo objeto es supervisar a los Proveedores de Servicios de Certificación, bien sean estos públicos o privados, a fin de verificar que cumplan con los requerimientos necesarios para ofrecer un servicio eficaz y seguro a los usuarios.

Como elemento de suma importancia, el Decreto-Ley hace especial mención al Estado para que utilice los mecanismos pertinentes previstos en él, es indispensable que éste asuma el liderazgo en la promoción y uso de estas tecnologías. El sector gubernamental, como el resto de los agentes que participan en el desarrollo educativo, económico y social, necesita obtener y consolidar información de manera segura e inmediata, debido a que la realidad nacional y mundial evoluciona a un ritmo cada vez más rápido, por lo que es necesario disponer de información oportuna de la gestión de los distintos organismos gubernamentales.

4.7. El Documento como Medio de Prueba y su Tacha en el Procedimiento.

De lo antes dicho en relación con la prueba, puede decirse que el documento es el resultado de un acto de humana voluntad, siendo un medio de prueba real, objetivo, de carácter histórico y representativo, no en el sentido del testimonio y de la confesión, sino en el tipo de cosa u objeto que sirve para representar algo, y en cuyo contenido está una declaración de voluntad con efectos jurídicos.

El documento tiene una función tanto probatoria como procesal porque en el momento de su formación, la voluntad de las partes que lo forjan es para dejar constancia de la existencia de esa voluntad que las llevó a contratar y dejar sentada por un futuro su existencia, lo mismo que de las obligaciones asumidas por cada una de ellas; teniendo carácter procesal cuando cualquiera de ellas lo aduce en la secuela de la litis para demostrar la existencia de lo que alega.

De aquí que pueda ser sustancial cuando es imprescindible para dejar cuenta de la existencia de un contrato o de un negocio celebrado; probatorio para deducir de él la existencia de ese negocio jurídico entre las partes; lo que lleva a una clasificación muy especial en cuanto a su valor probatorio de documentos *ad solemnitatem* y *ad probationem*. Se dan en el tráfico jurídico documentos cuya existencia es necesaria para la validez de los actos jurídicos, y tienen el carácter de mixtos puesto que por un lado son un medio de prueba y por otro es imprescindible su existencia para e! nacimiento del acto ya que su carencia conlleva la nulidad del acto mismo.

A este respecto señala Devis(1993), que si el documento es simplemente representativo, pero no declarativo, como la fotografía o el dibujo, no puede concebirse la representación del, objeto o hecho sin el documento que lo representa. En cambio, cuando el documento es declarativo, es indispensable distinguir y separar la declaración del documento que la contiene, sea que se trate de simple narración (declaración de ciencia) o de manifestación de voluntad (negocio jurídico unilateral o bilateral).

Con respecto a la impugnación de la prueba documental, el litigante puede rechazar el documento que le oponga su adversario en la secuela del proceso; esta actividad se denomina impugnación, pudiendo tener por base y fundamento, variadas circunstancias dirigidas a la finalidad de enervar su

eficacia probatoria. El acto de impugnación es susceptible de efectuarse según, ley procesal venezolana, en el acto de contestación al fondo de la demanda, si el documento ha sido producido junto con el libelo, o si posteriormente, en la quinta audiencia siguiente a esa gestión.

Se entiende como falsedad en el documento toda mutación o alteración de la verdad en él contenida, que pueda inducir a error sobre las obligaciones y convenciones en él representadas. La falsedad puede presentarse bajo un doble aspecto: la civil y la penal, ampliamente tratadas en los códigos respectivos. No está demás decir que de acuerdo a al ordenamiento positivo patrio, la falsedad sólo puede referirse a la adulteración del instrumento ya que la falsedad intelectual da lugar solo a simulación; pudiendo en este caso destruirse la fuerza probatoria del documento con toda clase de pruebas, hasta con presunciones graves, precisas y concordantes.

Varios procedimientos son utilizados en las modernas técnicas de investigación para demostrar la prueba de la falsedad material entre ellos el conocido de la prueba de cotejo, o de otra clase de medios que son permitidos usar en la incidencia y especialmente el uso de experticias que permitan establecer si en efecto ha habido una falsificación o no.

Por lo tanto cuando se alega la existencia de una falsedad material no se altera la carga de la prueba, ya se trate de un documento público; tocándole entonces la carga quien alega falsedad. Más si el documento es privado, entonces la potestad de probar viene a estar en manos de quien lo ha opuesto en juicio, porque tendrá que demostrar su certeza para lograr los efectos jurídicos pretendidos. Por otra parte, cuando se trata de falsedad ideológica o intelectual, la simulación del contenido del instrumento no puede ser llevada a una simple incidencia dentro del proceso, sino que se trata del

ejercicio de una acción de simulación y ha de encararse por los trámites del juicio ordinario.

Como se ha dicho anteriormente, el documento público hace fe no sólo entre las partes sino también en relación a los terceros; y sus efectos son *erga omnes* respecto del hecho jurídico que el funcionario, en atribuciones de su competencia, declara haber visto u oído y de la verdad de las declaraciones formuladas en su presencia por los otorgantes, acerca de la realización del hecho jurídico a que se contrae el instrumento (artículo 1.359 Y 1.360 del Código Civil). Como puede observarse la fe del documento público y su valor probatorio se refiere intrínsecamente a las diversas situaciones que contribuyen a darle sus características.

Por esta razón, el único camino que da la ley para desvirtuar el valor probatorio del documento público es el llamado procedimiento de tacha de falsedad; contra la virtualidad de su fe no se concede, pues, ningún otro recurso porque aun siendo de principio que toda prueba puede ser combatida por cualquiera otra, el documento público constituye una excepción, y debe subsistir en toda su fuerza y vigor, y ser invalidable mientras no sea declarado falso.

La tacha de falsedad es por consiguiente, un recurso específico para impugnar el valor probatorio de un documento público, que goce de todas las condiciones de validez requeridos por la ley. El Código Civil Venezolano dispone en su artículo 1.380 que el instrumento público o que tenga las apariencias de tal pueda tacharse en acción principal o reargüirse incidentalmente como falso, cuando se alegare cualquiera de las causales que se enumeran en los incisos de dicho artículo; y el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 438 y 440, especifica que "La tacha de falsedad se puede proponer en el juicio civil…"; mientras que “La tacha

incidental se puede proponer en cualquier estado o grado de la causa”. Las causales a que se refiere el artículo 1.380 del Código Civil, y por las que puede ser enervado mediante la acción de tacha de falsedad un documento.

Resumiendo lo expuesto acerca de la tacha en general, se tiene, que la tacha es la vía legal de impugnación de tos instrumentos, tanto públicos como privados. La tacha de instrumento consiste en alegar un motivo legal para desestimar en un pleito los documentos opuestos por la contraparte con el carácter de prueba; esto indica que se puede interponer la tacha de instrumentos en dos formas; alegando la tacha por la vía principal, ya sea como objeto principal de la causa; por la tacha incidental, la que se puede proponer en cualquier estado y grado de la causa.

El ordenamiento positivo venezolano regula cuidadosamente esta institución, tanto en su aspecto sustantivo, como en el orden procesal; y, por ello, se impone a quienes tienen por misión interpretar y aplicar las leyes, no descuidar el doble enfoque normativo que se proyecta en este campo. El Código Civil en su artículo 1364; por otra parte puede mencionarse el artículo 1.363 el cual ya fue explicado.

A su vez, el mismo Código de Procedimiento Civil pauta la forma de proponer el reconocimiento de tales instrumentos, y la oportunidad para desconocerlos o tacharlos, dentro del proceso (artículos 443 y 444). Asimismo el Código Civil delinea la parte sustantiva de la institución de la tacha de los instrumentos públicos y de los privados, o sea por acción principal o por incidental, y fija las causales por las cuales se puede intentar..

El Código de Procedimiento Civil enmarca la tramitación del juicio y de la incidencia de la tacha dentro de cauces procesales bastantes rígidos (artículo

442); en el cuál se desglosan una serie de reglas cuando se insiste en hacer valer el instrumento.

Recalcando lo dicho anteriormente acerca de los instrumentos tenidos por reconocidos, el artículo 1.381 del Código Civil, después de indicar las causales de tacha expresa: “…Estas causales no podrán alegarse, ni aun podrá desconocerse el instrumento privado…”.

La tacha como acción civil no procede de oficio, sino a instancia de parte, pudiendo ser objeto de un juicio específico, destinado a la declaración de la falsedad del documento. El proceso de tacha puede incoarse como acción principal, o en forma incidental, dentro de otro procedimiento ya iniciado. En ambos casos, la tramitación es sustancialmente idéntica, variando sólo con respecto a la duración de los lapsos en uno y otro caso.

Al efecto el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil en su encabezamiento dice: "cuando un instrumento público o que se quiera hacer valer como tal, fuere tachado por vía principal, el demandante expondrá en su libelo los motivos en que funde la tacha…”. Y en relación a la tacha incidental, el citado Código en su artículo 439 establece que, “La tacha incidental se puede proponer en cualquier estado o grado de la causa”. En consecuencia, mientras esté el juicio cursando, es posible intentar incidentalmente la tacha de falsedad.

CAPÍTULO V
LA TACHA COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN

5.1. La Tacha. Concepto

Se puede conceptuar la tacha como aquél acto del proceso, mediante el cual se ataca alguna prueba presentada por alguno de los litigantes. El procesalista Alsina la critica abiertamente, considerándola como plena de graves inconvenientes al buen desarrollo del proceso; porque al hacerse su enumeración taxativa, en el análisis de las disposiciones especiales, se omiten testigos que son más peligrosos que los allí mencionados; también, por carecer de fundamento científico, habiendo sido legislada, no de una manera uniforme, porque en más de las veces, lo que tiene verdadera prestancia en la prueba, es la calidad moral del deponente; y también, porque la alegación de las causales de tacha, es potestativa de las partes; y el Juez no puede considerarlas de oficio.

El artículo 364 del Código de Procedimiento Civil, trata de la mecánica que ha de seguirse, cuando ha sido tachado el testigo; y las diligencias que ha de llevar a cabo el tachante para comprobar su acción y a tal efecto podrá promover todas aquellas pruebas que considere pertinentes, siendo también admisibles, las que crea conveniente producir el contrario.

En la tacha de testigos se usa el término probatorio común del juicio ordinario; y en ese término, las partes promoverán y evacuarán las que consideren convenientes, declarándose así de esta manera hábil para ello, todo el término probatorio. La tacha de testigos, no se decide por sentencia especial; en la sentencia definitiva, el magistrado, resolverá lo expresamente relativo a ella, porque no implica otra causa, sino la apreciación de una prueba; y le está vedado adelantar opinión antes del fallo definitivo que ha de

poner término a la instancia. La simple aprobación de los testigos tachados, sin hacerse mención del resultado de la tacha propuesta contra ellos, no puede interpretarse como un rechazo implícito de la tacha, ya que la ley no acepta fallos cuyo alcance haya de presumirse.

Además, el artículo 367 del Código de Procedimiento Civil, da las reglas que han de observarse para la apreciación de la prueba de testigos; y ordena a los jueces, que cuando rechacen el dicho de un testigo, deberán exponer las razones y motivos que los mueven a tal determinación; aunque no hubiere sido tachado, y con mayor razón, el sentenciador no deberá guardar silencio sobre las tachas propuestas, y el procedimiento seguido, sino que deberá expresar en su decisión todo lo referente a ella.

El artículo 499 del Código de Procedimiento Civil refiere: “la persona del testigo sólo podrá tacharse, dentro de la quinta audiencia, después de admitida la prueba...”. Así pues, la tacha no es procedente antes que la parte sepa, a quien su contraria trae al proceso a declarar. Y habrá de esperar el decreto de admisión del Juez, y con relación a la prueba para encaminar su actividad, lo que podrá hacer el día siguiente a aquél en el que se ha dictado el decreto de la admisión, sabiendo así, a ciencia cierta las partes, si sus testigos han sido tachados por la parte contraria, y proceder a las defensas que creyeran conveniente para evitar su enervación.

Dice el mismo texto legal, “...Aunque el testigo sea tachado antes de la declaración, no por eso dejará de tomársela ésta, si la parte insistiere en ello...”. De aquí la interrogante, si puede ser tachado después que haya declarado. Se tiene la impresión que no podrá hacerlo, ya que el interesado dejó pasar la oportunidad de su tacha. Para el procesalista Borjas (1947): “Puede serlo aún después que haya declarado, ya que todo depende de la diligencia y actividad del tachante.” (p.567). La otra interrogante que al

respecto surge, es ante qué Juez debe tacharse. La ley no hace distinción alguna, al efecto; y al no hacerlo, lo estará vedado al intérprete al desentrañar el espíritu del legislador, y en consecuencia, el acto podrá hacerse, tanto ante el Juez de la causa como si se hubiere comisionado a otro para la evacuación de la prueba.

5.2. Tacha de los Instrumentos Públicos y Privados

La tacha de instrumentos público consiste en alegar un motivo legal para desestimar en un pleito los documentos o instrumentos opuestos por la contraparte con el carácter de prueba. Se puede interponer la tacha de instrumentos en dos formas, la tacha por la vía principal, ya sea como objeto principal de la causa, en este caso, el demandante expondrá en su libelo los motivos en que funde la tacha, expresando pormenorizadamente los hechos que le sirven de apoyo y que se proponga probar y la tacha incidental, la que se puede proponer en cualquier estado y grado de la causa, por los motivos expresados en el Código Civil. En el artículo 1380 de este Código se establece la tacha por falsedad de los instrumentos en los siguientes términos:

> "El Instrumento público o que tenga las apariencias de tal puede tacharse con acción principal o redargüirse incidentalmente como falso, cuando se alegare cualquiera de las siguientes causales:
> 1ª Que no ha habido la intervención del funcionario público que aparezca autorizándolo, sino que la firma de éste fue falsificada.
> 2ª Que aun cuando sea auténtica la firma del funcionario público la de que apareciere como otorgante del acto fue falsificada.
> 3ª Que es falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario. certificada por éste, sea que el funcionario haya

procedido maliciosamente o que se le haya sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante.
4ª Que aun siendo auténtica la firma del funcionario público y cierta la comparecencia del otorgante ante aquél el primero articulo cuya al segundo declaraciones que éste no ha hecho: pero esta causal no podrá alegarse por el otorgante que haya firmado el acta. ni respecto de él.
5ª Que aun siendo cierto las firmas del funcionario y del otorgante, se hubiesen hecho, con posterioridad al otorgamiento alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura capaces de modificar su sentido o alcance:
Esta causal puede alegarse aun respecto de los instrumentos que sólo aparezcan suscritos por el funcionario público que tenga la facultad de autorizarlos.
6ª Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y los otorgantes, el primero hubiese hecho constar falsamente y en fraude de la Ley o perjuicio de terceros que el acto se efectuó en fecha o lugar diferentes de los de su verdadera realización."

La tacha de instrumentos según lo dispone este artículo, consiste en alegar un motivo legal para desestimar en un pleito los documentos opuestos por la contraparte con el carácter de prueba. Pudiendo interponer la tacha de instrumentos en dos formas que es la tacha por la vía principal y la tacha por la vía incidental. Por otra parte el Código de Procedimiento Civil indica los principios de la tacha de los instrumentos públicos en los artículos 438, 439, 440, 441 y 442:

Artículo 438. "La tacha de falsedad se puede proponer en juicio civil, ya sea como objeto principal de la causa, ya incidentalmente en el curso de ella, por los motivos expresados en el Código Civil."

Según la norma transcrita la tacha es la acción o medio de impugnación para destruir total o parcialmente la eficacia probatoria del documento. La única vía que otorga la ley para desvirtuar el valor probatorio del documento

público es el llamado procedimiento de tacha de falsedad; contra la virtualidad de su fe no se concede ningún otro recurso, porque, aún siendo principio jurídico reconocido que toda prueba puede ser combatida por cualquier otra, el documento público constituye una excepción y debe substituirse en toda su fuerza y vigor y no ser invalidable mientras no sea declarado falso. Esta tacha esta contemplada en el artículo 439 del Código en referencia.

Artículo 440**:**

> "Cuando un instrumento público, o que se quiera hacer valer como tal, fuere tachado por vía principal, el demandante expondrá en su libelo los motivos en que funde la tacha, expresando pormenorizadamente los hechos que le sirvan de apoyo y que se proponga probar; y el demandado, en su contestación a la demanda, declarará si quiere o no hacer valer el instrumento; en caso afirmativo, expondrá los fundamentos y los hechos circunstanciados con que se proponga combatir la impugnación…"

Una vez tachado el instrumento por vía principal y expuestos los motivos en el líbelo el Juez no debe esperar que la decisión sobre la tacha se haga firme y ejecutoria para fallar sobre el fondo. La incidencia de tacha de un instrumento no suspende el curso del juicio principal, sino cuando es propuesta estando el juicio en estado de sentencia, o hubiera llegado a tal estado antes de haber concluido el juicio incidental.

Artículo 441, "Si en el segundo caso del artículo precedente, quien presente el instrumento manifestare que insiste en hacerlo valer, seguirá adelante la incidencia de tacha, que se sustanciará en cuaderno separado…". Esta norma revela dos aspectos fundamentales, la primera cuando se insiste en hacer valer el instrumento siguiendo la incidencia de

tacha y la segunda sino insistiere en hacer valer el instrumento y sea declarada la incidencia siguiendo el curso legal; por tales motivos donde hay dos elementos valederos debe informársele al fiscal del Ministerio Público siguiendo la normativa del ordinal 14° del artículo 442 y lo establecido en el artículo 132 de este Código.

Artículo 442:

> “Si por la declaración de que se insiste en hacer valer el instrumento, deba seguir adelante el juicio de impugnación o la incidencia de tacha, se observarán en la sustanciación las reglas siguientes:
> 1. ° Tanto la falta de contestación a la demanda de impugnación (...)
> 2. ° En el segundo día después de la contestación, o del acto en que ésta debiera verificarse (…)
> 3. ° Si el Tribunal encontrare pertinente la prueba de alguno o de algunos de los hechos alegados (...)
> 4. ° Cuando se promoviere prueba de testigos se presentará la lista de éstos (…)
> 5. ° Si no se hubiere presentado el instrumento original, sino traslado de él (…)
> 6. ° Se prohíbe hacer que el funcionario y los testigos que hubieren intervenido en el acto del otorgamiento, rindan declaraciones anticipadas, y caso de hacerse, no se admitirán en juicio.
> 7. ° Antes de proceder a la evacuación de las pruebas promovidas por las partes, y sin pérdida de tiempo, el Tribunal se trasladará a la oficina donde aparezca otorgado el instrumento (…)
> 8. ° Las partes no podrán repreguntar al funcionario ni a los testigos; pero podrán indicar al Juez las preguntas que quieran que se les haga, y el Juez las hará si fueren pertinentes, en términos claros y sencillos.
> 9. ° Si alguna de las partes promoviere prueba de testigos para demostrar coartada, no será eficaz si no deponen en absoluta conformidad cinco testigos (…)
> 10. ° Si alguna de las partes promoviere experticia para la comparación de firmas o letras (...)

> 11. ° Cuando por los hechos sobre que versare la tacha, cursase juicio penal de falsedad ante los jueces competentes en lo criminal (…)
> 12. ° Si el funcionario y los testigos instrumentales sostuvieren sustancial mente la autenticidad del instrumento (…)
> 13. ° En la sentencia podrá el Tribunal, según el caso y sus circunstancias, ordenar la cancelación en todo o en parte (…)
> 14. ° El Tribunal notificará al Ministerio Público a los fines de la articulación e informes (...)
> 15. ° Cualquiera transacción de las partes necesitará para su validez, además del informe del Ministerio Público, la aprobación del Tribunal (...)
> 16. ° Si se hubiere dictado sentencia firme, civil o penal, que reconozca la autenticidad de un instrumento público (...)”

Esta norma contempla una serie de reglas que deben observarse en la sustanciación en el caso de que se insista en hacer valer el instrumento, por tal razón el administrador de justicia debe remitirse a lo establecido en el artículo 131 que habla sobre la intervención del Ministerio Público cuya función no se desarrolla por vía de acción, sino también por vía de intervención. También debe tomarse en cuenta lo establecido en el artículo 362 de este Código referido a la confesión ficta la cual es una declaración de parte contentiva del reconocimiento de un hecho que origina consecuencias jurídicas desfavorables al confesante.

El mismo Código de Procedimiento Civil contempla también en el artículo 443 los principios generales de la tacha de los instrumentos privados y establece:

> “Los instrumentos privados pueden tacharse por los motivos especificados en el Código Civil. La tacha deberá efectuarse en el acto del reconocimiento o en la contestación de la demanda, o en el quinto día después de producidos en juicio,

> si antes no se los hubiese presentado para el reconocimiento, o en apoyo de la demanda, a menos que la tacha verse sobre el reconocimiento mismo. Pasadas estas oportunidades sin tacharlos, se tendrán por reconocidos; pero la parte, sin promover expresamente la tacha, puede limitarse a desconocerlos en la oportunidad y con sujeción a las reglas que se establecen en la Sección siguiente.
> En el caso de impugnación o tacha de instrumentos privados, se observarán las reglas de los artículos precedentes, en cuanto les sean aplicables."

Esta norma puede concatenarse con el artículo 1364 y 1366 del Código Civil venezolano ambos artículos están referidos a los instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocido los cuales tienen para las partes y sus sucesores las mismas consecuencias y fuerza de un instrumento público. Es necesario también hacer mención de lo referido en el artículo 1381 del Código Civil Venezolano en relación al reconocimiento de un instrumento privado:

> "Sin perjuicio de que la parte a quien se exija el reconocimiento de un instrumento privado se limite a desconocerlo, puede también tacharlo formalmente, con acción principal o incidental:
> 1ª Cuando haya habido falsificación de firmas.
> 2ª Cuando la escritura misma se hubiere extendido maliciosamente, encima de una firma en blanco suya.
> 3ª Cuando en el cuerpo de la escritura se hubiesen hecho alteraciones materiales capaces de variar el sentido de lo que firmó el otorgante.
> Estas causales no podrán alegarse, ni aun podrá desconocerse el instrumento privado, después de reconocido en acto auténtico, a menos que se tache el acto mismo del reconocimiento o que las alteraciones a que se refiere la causa 3ª se hayan hecho posteriormente a éste."

La norma referida hace referencia al reconocimiento de un instrumento privado y su limitación a desconocerlo, puede tacharlo formalmente mediante la tacha principal o incidental; pero además la norma se relaciona con el artículo 109, 430, 444 y 450 del Código de Procedimiento Civil para complementar su funcionabilidad plena en el juicio. Del texto legal se desprende de manera clara e inequívoca que mientras el documento público no haya sido victoriosamente impugnado, la verdad extrínseca material o aparente de la convención o de la declaración que contiene y que para el efecto basta, hace plena fe, es decir, hace fe respecto de todo el mundo y en toda la extensión en que ha sido hecha.

Las causales de tacha son taxativas y analizadas detenidamente estas causales de tacha de los documentos públicos que contempla el Código Civil, podrá observarse que los motivos o causas que deben alegarse para tachar de falso el documento público son los contemplados en la ley. Todas las causales alegadas por la parte vienen a ser más bien faltas o vicios cometidos en el otorgamiento del documento, que por ningún motivo puede ser causa para fundamentar una tacha; pues, siguiendo las autorizadas enseñanzas de algunos legisladores, estos comentan que el instrumento puede adolecer de falta de forma o del vicio consiguiente a la incompetencia del funcionario que lo autorizó, sin que por ello deje de ser cierto su contenido, y en tal hipótesis, si estuviere suscrito por las partes, será válido, según se ha dicho antes, como instrumento privado.

Pero que si fuese un titulo público *ad substantiam*, tampoco valdrá como privado. No es falso, sino público imperfecto, y su invalidez como documento público puede ser solicitada por demanda u opuesta como excepción en la forma ordinaria, pero no conforme al procedimiento especial de falsedad.

El procedimiento para impugnar la veracidad de la declaración del funcionario en un documento público es la tacha de falsedad. No es posible admitir que el funcionario público que efectuó el acto lo desvirtúe por una declaración en contrario, ya que el procedimiento para impugnar el contenido de un documento público es la tacha de falsedad, pautado en el Código de Procedimiento Civil. El contenido del documento sólo puede ser impugnado por vía de tacha de falsedad, y nunca por declaraciones en contrario, aún del mismo funcionario judicial que autorizó el acto o efectuó la declaración. Imprevisibles, serían los perjuicios que podrían generarse para la recta; justa y cabal aplicación de la justicia, de admitir esta práctica audaz y peligrosa de que cualquier funcionario pueda contradecir en cualquier momento lo que ha suscrito anteriormente.

Los instrumentos privados no valen por si mismos nada, mientras no sean reconocidos por la parte a quien se oponen, o tenidos legalmente por reconocidos. El documento privado adquiere, entonces, fuerza de escritura pública entre los que lo han suscrito, o contra el que lo ha escrito si es uno sólo, o mejor dicho, entre las partes del acto o contrato contenido en él, y entre sus herederos o causahabientes. Para destruir la plena prueba que del documento se desprenda, seria menester tacharlo de falso como a un documento público, porque solamente probando que el acto ha sido falsificado es que se pueden echar abajo las declaraciones que contiene. No procede la tacha cuando se trata de una copia de un documento privado autenticado.

Si los reconocimientos espontáneos se equiparan a los documentos reconocidos que contempla el artículo 1366 del Código Civil. Los documentos reconocidos siguen siendo documentos privados pero auténticos en cuanto a la firma y declaraciones de los reconocientes. En cuanto a la copia certificada tiene el mismo valor que el original. Por tanto, la presentación del original se

impone. De lo contrario, es imposible tachar el acto mismo del reconocimiento; o intentar la tacha cuando se trate de alteraciones posteriores a éste.

Las copias certificadas que tienen valor son aquellas que se expiden de algún original depositado en Oficina Pública o su copia se encuentra en ella; pues en esos casos puede confrontarse la copia con el original o la copia depositada en esas oficinas. No hay lugar al procedimiento de tacha cuando tratándose de un instrumento privado autenticado, el original no ha sido presentado por lo que mal puede recurrirse a dicho procedimiento para impugnar el acto del reconocimiento. Hay que dilucidar si un instrumento privado producido en juicio, que no ha sido desconocido ni tachado en la oportunidad procesal, puede ser impugnado por vía de acción principal y con base en cuáles causales debe admitirse la acción.

Al respecto cabe observar que la tacha es la vía legal de impugnación de los instrumentos, tanto públicos como privados. El ordenamiento jurídico venezolano regula cuidadosamente esta institución, tanto en su aspecto sustantivo como en el orden procesal y por ello se impone a quienes tienen por misión interpretar y aplicar las leyes, no descuidar el doble enfoque normativo que se proyecta en este campo.

El Código Civil en su artículo 1364 ordena que toda persona contra quien se produzca el reconocimiento de un instrumento privado debe reconocerlo o negarlo formalmente, y si no lo hiciere se tendrá igualmente por reconocido, y el artículo 1363 le concede al instrumento privado reconocido, o tenido legalmente por reconocido, el mismo efecto probatorio que el público en cuanto al hecho material de las declaraciones. A su vez el Código de Procedimiento Civil pauta la forma de proponer el reconocimiento de tales

instrumentos, y la oportunidad para desconocerlos o tacharlos dentro del proceso.

5.3. Tacha de los Instrumentos Informáticos o Electrónicos

Existen computadoras que cuando aparecen alimentadas con varias firmas de una sola persona, son capaces de estampar una firma promedio, imitando los rasgos con tal precisión, que a primera vista sería indistinguible de la autentica, a tal punto que un perito calígrafo avezado, tendría que profundizar su análisis en el relieve producido por la mayor o menor precisión del elemento escritor.

Por estas razones, un documento electrónico puede ser perfectamente manipulado para lo que se requiere de ciertos conocimientos técnicos, pues no todo el mundo sabe manipular un disco óptico. La imposibilidad pudiera llegar a ser si el documento se encuentra protegido por un código de ingreso o clave secreta que no logre descubrirse. De esto se deriva que la fidelidad de los documentos electrónicos no son menos que la de los tradicionales y como documentos privados que son, sólo será posible la falsificación en documentos privados o mercantiles.

La doctrina generalizada ha venido sosteniendo que la tacha de instrumentos consiste en alegar un motivo legal para desestimar en un pleito los documentos o instrumentos opuestos por la contraparte con el carácter de prueba, bien sea por vía principal o por vía incidental. Bien es cierto que los documentos presentados en juicio pueden readquirirse de falsos por la falsedad civil y otra penal.

La comparación de la escritura o cotejo se encuentra regulada en el Código de Procedimiento Civil venezolano, mediante el procedimiento de tacha en su articulo 443, para los instrumentos privados, pudiendo ser objeto de ésta solo por los motivos especificados en el Código Civil. Para su sustanciación deberán observarse las reglas de la tacha del documento público en cuanto le sean aplicables.

El artículo 1381 del Código Civil, señala los casos en los cuales se establece la tacha formalmente, que sin perjuicio de que la parte a quien se le opone un documento privado se limite a desconocerlo, podrá también tacharlo formalmente como acción principal o incidental, y ejercerse ese derecho.

En tal sentido, siendo susceptible el documento electrónico de falsificación de firma, o cuando se hubiesen extendido en el documento mismo, en forma maliciosa y sin conocimiento de quien aparezca como otorgante, encima de una firma en blanco: o cuando en el cuerpo de la escritura se hubiesen hecho alteraciones materiales capaces de variar el sentido de lo que firmó el otorgante, podrá la parte interesada tacharlo de falso, de conformidad con el procedimiento establecido para los documentos privados tradicionales y preestablecidos, por ser precisamente la fidelidad del documento electrónico la que se pone en tela de juicio, para lo que se requerirá de igual forma que en el caso de cotejo de firma, cuando se pone en duda su autenticidad, que la prueba deba ser realizada por expertos en informática para comprobar la titularidad del documento y la fidelidad de su contenido.

5.4. La Impugnación y sus Procedimiento Alternativos

El culto a la tacha documental, entendido éste en el sentido de tratar de impugnar cualquier instrumento sólo por las causales taxativas de los artículos 1380 y 1381 del Código Civil y con aplicación estricta del procedimiento del Código de Procedimiento Civil, el cual se rechaza, tiene raíces profundas en la legislación venezolana. Por otra parte, el artículo 430 del Código de Procedimiento Civil expresa: “Respecto de los instrumentos privados, cartas o telegramas provenientes de la parte contraria, se observarán las disposiciones sobre tacha y reconocimiento de instrumentos privados”.

Este artículo ya existía en el Código de Procedimiento Civil de 1916, donde era el 317, y siempre ha tenido una redacción ambigua. Si los instrumentos provienen de la parte contraria y ella misma los produce (que es como tiene sentido literal la norma), no son oponibles al no promovente de los mismos, y entonces, ¿para qué va éste a tacharlos o desconocerlos? y por ello, el artículo 430 del Código de Procedimiento Civil debe ser entendido en el sentido de que la palabra proveniente significa promovidos por la parte contraria, lo cual, por tratarse de instrumentos privados en sentido lato, deben ser producidos contra el autor de los mismos, o alegar que proceden de su causante. Pues bien, conforme a la disposición transcrita, los telegramas están sujetos a tacha por aquél a quién se le oponen. La certeza extrajudicial de quien es el remitente de un telegrama puede adquirirse por dos formas:

- Que el remitente autentique el original (artículo 1375 del Código Civil, *sore* telegramas), ante funcionarios capaces de autenticar instrumentos. Este original autenticado no quedará sujeto a reconocimiento por parte del remitente, quien sólo podrá incoar la tacha del mismo, si se falsificó su firma

o se alteró el texto autenticado (ordinales 1 y 3, artículo 1381 del Código Civil), o lo falseado fue el propio hecho de la autenticación, supuesto que ha de subsumirse en las causales del artículo 1380 del Código Civil.

- Que la identidad del remitente o de quien hizo entrega del original (el cual puede ser persona distinta del remitente), quedó comprobada por los medios establecidos en los reglamentos telegráficos, caso este en que la identidad del autor o de quien entrega el mensaje la practica el telegrafista. La identidad así declarada, conforme al artículo 1375 del Código Civil, hace plena fe, hasta prueba en contrario.

Se puede presumir que en este segundo supuesto, el telegrafista de buena o mala fe, hace constar una identidad falsa. En este caso, ¿se requiere de juicio o incidente de tacha de falsedad instrumental para que se declare la falsedad? Según la letra del artículo 430 del Código de Procedimiento Civil, la falsa identidad atestada, se subsumiría en la causal 3° del artículo 1380 del Código Civil, (falsa identidad del otorgante).

Pero resulta que la propia ley en su lenguaje hace diferencias. En el artículo 1359 del Código Civil sostiene que lo asentado por el funcionario que merece fe pública, hace plena fe entre las partes y con respecto a terceros, a menos que se le impugne por falso y, esta impugnación por falsedad, no es otra que la tacha prevenida en el artículo 1380 del Código Civil; mientras que en el artículo 1375 del Código Civil al referirse a un funcionario que no merece fe pública, el mismo Código Civil establece que su dicho se atacará por prueba en contrario, sin exigir la declaratoria de falsedad.

El lenguaje jurídico en esta materia parece no prestarse a equívocos, porque en relación a otros aspectos de la prueba instrumental, se tiene que para enervar el contenido del documento público, el legislador exigió que

fuera objeto de una declaratoria de simulación (artículo 1360 del Código Civil), producto de una acción o una excepción; mientras que para contrariar el contenido de un instrumento privado auténtico, cuya fuerza probatoria es igual a la del instrumento público, el legislador (artículo 1363 del Código Civil) aceptó cualquier prueba en contrario, como figura probatoria de alcance distinto a la simulación.

Para el derecho venezolano, se entiende que constituye una situación antagónica con aquellas para las cuales la ley exige una determinada y específica actividad, bien sea la tacha o simulación. Por ello, se opina que la falsa identidad asentada por el telegrafista, necesita de impugnación, pero no para ser ventilada por el procedimiento de tacha de falsedad instrumental y por sus causales, sino por el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, ya que lo que se exige es la prueba en contrario, lo que a su vez se ajusta a la distinción legal entre fe pública y autenticidad.

Este artículo establece:

> “Si por resistencia de una parte a alguna medida legal del Juez, por abuso de algún funcionario, o por alguna necesidad del procedimiento, una de las partes reclamare alguna providencia, el Juez ordenará en el mismo día que la otra parte conteste en el siguiente, y hágalo ésta o no, resolverá a más tardar dentro del tercer día; lo que considere justo; a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual abrirá una articulación por ocho días sin término de distancia.
> Si la resolución de la incidencia debiere influir en la decisión de la causa, el Juez resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario decidirá al noveno día.”

Este procedimiento incidental supletorio, tiene por finalidad la sustanciación y decisión de todos aquellos asuntos que carecen de un

procedimiento determinado, es el supuesto de la tercera hipótesis por alguna necesidad del procedimiento, ello va a significar que este articulo se va a aplicar en todos aquellos casos en que haya que resolver alguna incidencia que vaya más allá de la simple sustanciación y que requiera la contención, incluso se prevé un lapso probatorio sin término de distancia. La decisión sobre esta articulación varía, dependiendo de si va o no a influir en la decisión de la causa principal, en el primero de los casos, el Juez fallará en la sentencia definitiva, yen el segundo supuesto, se pronunciará al noveno día luego de vencida la articulación probatoria de ocho días. Cuando no haya necesidad de esta etapa de probanzas, el Juez decidirá dentro del tercer día siguiente a la contestación de la contraparte o al momento en que debió haberse contestado si no se realizó ésta.

Existiendo la causal de tacha en el ordinal 3° del artículo 1380 del Código Civil para el caso en estudio, ¿qué sucedería si el impugnante tachara de falsedad el telegrama? Se sustanciaría por dicho procedimiento la impugnación, ya que a ello da pie el artículo 430 del Código de Procedimiento Civil y se refiere a la declaración auténtica de un funcionario (así no merezca fe pública), pero tal procedimiento no es excluyente al del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, ya que la exigencia de la sola prueba en contrario que contempla el artículo 1375 del Código Civil, hace posible la alternabilidad de formas para sustanciar esta impugnación.

Por otra parte, la fecha del telegrama es cierta según el artículo 1375 del Código Civil, en cuanto a su expedición y recepción por las oficinas telegráficas, pero de nuevo se está ante una atestación del funcionario que no merece fe pública, la cual hace fe hasta prueba en contrario, y bastará dicha prueba para hacer perder fuerza probatoria a esas fechas, sin acudir a proceso de tacha alguno.

Si el original enviado a las oficinas telegráficas no ha adquirido extra judicialmente autenticidad, la copia del telegrama que se opone al remitente obrará como traslado de un original que no es más que un instrumento privado simple (siendo éste un caso excepcional en que tal traslado puede emitirse válidamente), y el supuesto remitente tiene la alternativa, según los casos, de tachar el original porque en el mismo se incurrió en cualquiera de los hechos tipificados en el artículo 1381 del Código Civil, o de desconocer el mismo, si la firma que calza el original no es la suya y se ha reproducido en el mensaje. Se está de nuevo ante dos fórmulas alternativas de impugnación, aunque ahora se refieren a tacha o desconocimiento, si el cuestionamiento radica en la firma que aparece en el original.

Los artículos 445 y siguientes del Código de Procedimiento Civil indican el procedimiento a seguir cuando ha sido negada o desconocida la firma. El presentante del documento podrá conformarse con la negativa o insistir en su validez, teniendo en este último caso que probar su autenticidad, valiéndose para tal fin de la prueba de cotejo; de no ser posible ésta, habrá de recurrir a la de testigos. Negada la firma, la ley abre de derecho un lapso de ocho (8) días (artículo 449 del Código de Procedimiento Civil), el cual puede extenderse hasta quince días para la promoción de la prueba que crea conveniente el promovente, que no puede ser otra sino la de cotejo o la testimonial. El tribunal competente para conocer la incidencia es el Juez de la causa, en virtud del principio de que el Juez de lo principal lo es de todas las incidencias surgidas en el proceso.

En cuanto a la decisión, el procedimiento se aparta de lo pautado en las demás incidencias a que se refiere nuestra ley adjetiva venezolana porque la cuestión no es resuelta independientemente, sino en el dictado de la sentencia del juicio principal; y su fundamento está en que la declaración del reconocimiento, no es otra cosa sino la evacuación de una prueba, y en

muchas de las veces el tribunal se vería obligado a emitir una opinión anticipada sobre lo principal del juicio.

Pero se deben enfocar las falsedades o alteraciones no en el original que hace llegar el remitente a las oficinas telegráficas, sino en la actividad del telegrafista que lo transmite, o en la actividad del funcionario u oficina que lo recibe, quienes tergiversan o alteran el escrito primigenio, bien en la transmisión o recepción del mismo, o bien en la copia del mensaje que hacen llegar al destinatario. El telegrama consiste en un original escrito que se transmite por el sistema telegráfico.

Lo que recibe el telegrafista receptor no es el original, sino una copia del mismo, la cual a su vez transcribe y hace llegar al destinatario, quien recibe realmente una segunda copia supuestamente del original. Dichas copias, de acuerdo al artículo 1376 del Código Civil, no se presumen verdaderos traslados del original (y de aquí su diferencia con las copias certificadas y la impugnación por infidelidad), salvo que quien envió el telegrama lo haya hecho verificar, repetir o certificar, caso en que para el remitente y para el receptor se presume que el texto es exacto.

Si el procedimiento anterior verificatorio no se ha seguido, el telegrama hará fe contra quien lo envía, si cotejado con su original es coincidente, excepción, claro está, que la parte a quien le imputan la autoría y le oponen la copia recibida, la reconozca expresa o tácitamente (artículo 1375 del Código Civil), caso en que no hace falta el cotejo, ya que se sabe de quien emana el texto transmitido (este reconocimiento no impide que se tache el original si él está incurso en los vicios de los ordinales 2° y 3° del artículo 1381 del Código Civil).

Es esta materia aleccionadora sobre varias figuras del derecho probatorio. El artículo 430 del Código de Procedimiento Civil habla de tacha y desconocimiento. Este último se refiere a la firma o escritura autógrafa del original, pero ¿qué debe hacer aquel a quien le oponen la copia del mensaje, si el mismo está errado o alterado en cualquier forma, a pesar de que el original, tanto en su firma y escritura, así como en su contenido material, no ha sido alterado? El desconocimiento a nada conduciría, ya que la firma o escritura es la del remitente o la de su mandatario, y el texto no ha sufrido alteraciones. ¿Acudir a la tacha? Ello es posible cuando el original fue alterado, pero si ello no ha sucedido, hay que acudir al artículo 1376 del Código Civil, el cual es del tenor siguiente:

> “En los casos de error, alteraciones o retardo en los telegramas, las rectificaciones a que haya lugar deben resultar de la prueba que se haga, y a ella se atendrá el tribunal, sin que esto obste de las responsabilidades legales que puedan originarse de la falta. Si quien envía el telegrama ha tenido cuidado de hacerlo verificar o repetir, o de certificarlo, según las disposiciones de los reglamentos telegráficos, se presume que no hay falta.”

La primera parte del artículo transcrito, hace que su interpretación, debido a la acción por las responsabilidades en que haya lugar, que los errores o alteraciones, que es lo que realmente interesa, son aquellos imputables a los telegrafistas, tanto remitente como receptor, quienes de buena o mala fe hayan cambiado el mensaje consignado (telegrafista remitente) o el mensaje recibido (el telegrafista receptor).

No se trata de alteraciones dolosas o culposas habidas en el original, ya que ellas están sujetas a tacha o desconocimiento, y si la falsa identidad ha sido atestada por el telegrafista, la tacha y la prueba en contrario serían

posibles, partiendo de dos procedimientos distintos (alternativos), lo que se reputa aplicable a las falsas fechas hechas constar por los funcionarios en la expedición y recepción de los telegramas. De allí que los errores y alteraciones previstos en el artículo 1376 del Código Civil, se entiende que son los imputables a los telegrafistas en la transmisión y recepción de los mensajes telegráficos.

La existencia de los artículos 430 del Código de Procedimiento Civil, 1375 y 1376 del Código Civil, obliga a hacer un cuadro que contemple los siguientes aspectos:

- Falsificación de la firma del mensaje original. En este supuesto, procede la tacha o el desconocimiento de la signatura, conforme al artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

- Alteraciones materiales en el cuerpo del original. Funciona la tacha, de acuerdo al artículo 430 del Código de Procedimiento Civil, concordado con el ordinal3° del artículo 1381 Código Civil.

- Extensión maliciosa de un mensaje telegráfico sobre la firma en blanco del remitente, efectuada sin conocimiento de éste. De nuevo procede la tacha por aplicación de los artículos 430 del Código de Procedimiento Civil y 1381 del Código Civil en su ordinal 2°.

- Alteración material del texto del telegrama que presenta el receptor. Se acude a la tacha, según el artículo 430 del Código de Procedimiento Civil concordado con el ordinal 3° del artículo 1381 del Código Civil, así se le impute la falta a la contraparte o a los funcionarios del telégrafo (como el telegrama es un documento privado y la intervención de los funcionarios públicos se limita a su transmisión, sin que para nada intervengan en su

formación, puede sostenerse que las alteraciones del texto del telegrama que se produce en juicio, siempre constituyen alteraciones materiales de instrumentos privados, sin importar quien las hace).

- Incongruencia entre el original y el mensaje transmitido y recibido por el receptor. Este es el caso que se debe estudiar aparte y que no se subsume entre las causales de tacha de falsedad.

En este último supuesto, los errores de los funcionarios cometidos con relación al texto original, equivalen a un caso fortuito que perjudica al remitente, y el problema puede no ser atinente al medio, sino a los efectos jurídicos del acto que es su contenido, lo cual es una cuestión de fondo, ya que quien recibe el telegrama se atiene a lo que él le comunica. El artículo 1376 del Código Civil en estos casos, no enfoca un recurso contra un medio de prueba, sino que por obra de la ley, regula los efectos jurídicos del mensaje erróneo.

Es importante destacar que a pesar de que la falta es atribuible al funcionario (telegrafista), no se aplica el artículo 1359 del Código Civil, que señala que el dicho del funcionario que merece fe pública, hace plena fe mientras no sea declarado falso, sino que se aplica un concepto muy distinto, el de rectificación por prueba del error o la alteración (de buena o mala fe) efectuada por los funcionarios en el envío y recepción del mensaje, y esto como se ve es algo que amerita discusión en el fondo de un proceso y no como una impugnación del medio. El que la constatación de las falsedades aparezca en la ley procesal circunscrita a la tacha instrumental para documentos públicos o privados (artículos 438 del Código de Procedimiento Civil), no significa limitación alguna en sentido general, ya que la finalidad esencial de la impugnación es que se reconozca la falsedad de un medio.

Se debe recordar que en la legislación anterior a 1987, cuando imperaba en la ley el principio de legalidad de la prueba, el legislador no optó por desarrollar la impugnación como una institución general a pesar de que lo es y prefirió evolucionarla dentro de determinados medios y por específicas razones, ensombreciendo de esta manera la institución, al hacerle perder sus perspectivas generales. Al implantarse la libertad de medios, ya no se le puede mantener confinada.

Cualquier falsedad que contenga el medio libre, podrá ser denunciada por el interesado, a fin de que se declare, de que se constate, y pierda el medio eficacia probatoria. Este es un derecho inalienable de las partes, y no se puede pensar que el mecanismo de las oposiciones o de los desconocimientos, bastaría para impugnar el medio que prevea a estos últimos. Quien tiene interés en que se declare que un medio es falso, tiene el derecho de impugnarlo, independientemente de que también pueda desconocerlo, si es que el mismo está sujeto a reconocimiento.

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones

Considerando el recorrido de la investigación, el término carga de la prueba radica en la posición procesal que adopten las partes, variable de acuerdo a su especifico interés; ello conlleva a la interpretación de una regla básica; la carga corresponde a la parte que aspira la aplicación de la norma jurídica en cuyo mandato subsume el hecho concreto que se quiere probar, aplicación cuyo resultado dependerá de las probanzas producidas en el juicio. La Carga estará en función de la afirmación del demandante, así como de la postura procesal del demandado; si este califica su contestación invocando hechos modificativos de la pretensión, implica que debe probar tal calificación, pero si niega pura y simplemente corresponderá al actor la prueba del hecho.

La carga de la prueba viene a constituir en una regla de juicio para el juez, porque le ordena como decidir de fondo a falta de prueba o certeza sobre los hechos, prohibiendo *un non liquet*, y una pauta para la actividad probatoria de las partes, porque les señala a estos los hechos cuya prueba les interesa y les conviene aportar.

En lo que respecta al objeto de la carga de la prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho, se ha de entender que por objeto de prueba es todo aquello que se puede probar, es decir, lo constituyen siempre los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones, son esos hechos los que van a servir de fundamento a las probanzas.

Es conveniente tener en consideración que no todos los hechos que acontecen tienen la importancia que el derecho requiere, sino los que sean idóneos, capaces de producir el nacimiento, la pérdida, la extinción o la modificación de un derecho, ya se ha visto que las pruebas deben referirse estrictamente a los hechos debatidos o controvertidos en el proceso.

La finalidad de la prueba judicial es obtener el convencimiento del juez, o la certeza subjetiva de éste, es decir, produce en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos; certeza que puede no corresponder a la realidad, puesto que equivale a creencia subjetiva.

El fundamento de la carga de la prueba descansa en una regla de equidad proveniente de la consideración de que litigando ambas partes, se les concede la misma oportunidad para su defensa, no sería equitativo ni justo Imponer a una sola de ellas la carga de la prueba. El actor toca la prueba de los hechos que crean el derecho, y el demandado puede excepcionar o negar los presupuestos de ese estado.

Al hacer referencia a la importancia de la carga de la prueba, se considera que es el aspecto de mayor trascendencia en el proceso civil, consiste en una medida imprescindible de sanidad jurídica, un postulado de seguridad, justicia, equidad, y una condición sine qua non de toda buena administración de justicia.

Según la investigación realizada se puede concluir enfocando en primer lugar lo referente a la prueba documental que como puede verse en el desarrollo del mismo, ésta constituye un elemento de gran importancia dentro del proceso porque en la misma se materializa lo que se desea probar o demostrar, de allí que el juez obtenga su valoración. Es de observar que debido al constante avance tecnológico que hoy se ha ido desarrollando

debe incluirse la prueba de tipo informático sujeta a mecanismos más eficaces para demostrar hechos o actos jurídicos siempre y cuando no esté prohibido por la ley.

El documento informático, básicamente cumple la misma función de representación que cumplen las formas escritas tradicionales, lo que se logra a través de instrumentos, sin necesidad de que aparezcan signos escritos, por lo que puede ser aplicado este medio de prueba según lo establece el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil venezolano.

Puede decirse que el documento informático se caracteriza por ser admisible a no transmitir principios y garantías establecidas en al Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que por ser proporcional al derecho de la defensa, no atenta contra derechos fundamentales establecidos. Es importante también considerar el valor probatorio de los documentos públicos y privados, realizados en forma tradicional o mejor dicho reconocidos o registrados por algún funcionario público; ambos se consideran como pruebas documentales.

Pero ligado a la fuerza probatoria de estos documentos o prueba documental está la impugnación de los mismo lo cual no es más que el rechazo de alguna de las partes intervinientes en el litigio por alguna causa que dicho documento contenga y no se ajusta a lo indicado por la ley; esto es lo que se conoce con el nombre de tacha documental, la cual tiene carácter taxativo y tiene funcionabilidad en ambos tipos de documentos, públicos y privados.

En líneas generales, puede concluirse que la tacha no es más que aquel acto del proceso donde uno de los litigantes ataca o impugna la prueba presentada por su contrario. Ningún análisis que se haga de las fuentes de las pruebas puede ignorar la conducta a seguir de las partes en el proceso, bien para aceptarla o bien para impugnarla, acerca de la verdad o falsedad de la afirmación o de la negación que conduce al sujeto para actuar en determinado momento, o cuando lo considere pertinente; de allí la impugnación del documento o tacha documental; está sujeta a la conducta procesal de alguno de los sujetos intervinientes en el proceso**.**

6.2. Recomendaciones

Teniendo en consideración que en primer lugar la prueba debe analizarse para determinar su origen y naturaleza, lo cual permite su admisibilidad ante el proceso. En segundo, lugar también debe analizarse exhaustivamente el medio probatorio presentado para determinar si el mismo puede ser objeto de impugnación o de tacha. De acuerdo a estos elementos generalizados sobre prueba documental y sobre tacha de documento se deben tener muy claro los siguientes aspectos:

- Se debe establecer un principio en materia civil que permita impugnar la prueba sin menoscabar sus principios y su naturaleza por razones de ética profesional.

- Se debe garantizar de que las partes intervinientes en el litigio dispongan de estas pruebas presentadas para su debido análisis, su aceptación o impugnación.

- El juez debe velar fielmente por la transparencia del proceso, y al evacuar las pruebas debe analizarlas, reconocerlas y pronunciarse sobre algún hecho

que aparezca dudoso u oscuro, para así tener una mejor administración de justicia.

- Considerar que los medios de prueba constituye dentro del proceso, la parte principal que da origen a un resultado, considerando que la prueba documental es la materialización de la verdad.

- Es bueno considerar que el legislador al incorporar el género de prueba documental en el cátalogo probatorio, tiende a garantizar la veracidad del proceso.

- Tener presente que la prueba documental viene de un sector público o privado, pero ambas plasman una verdad o un propósito que se desea probar pero no indica que exista falsedad o no esté ajustada a lo establecido en al ley, por lo tanto puede ser objeto de impugnación.

- Considerar que la impugnación dentro del proceso es una fase de contradecir una verdad o de tacharla, por tal razón debe gozarse de sensatez para profundizar en este medio.

- Tener presente al momento de querer probar un hecho, la regla de la carga de la prueba; la cual surge en consideración por la determinación de que, quien debe probar, que debe probarse y un cuanto debe probarse.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

Alsina, H. (1957). **Tratado de Derecho Procesal Civil.** 7 Tomos. Buenos Aires, Argentina. Ediar Editores, S.A.

Bello, H. (1966). **Pruebas.** Caracas, Venezuela: Editorial Estrados.

Bello, H. (1986). **Tratamiento de los Medios de Prueba**. Caracas, Venezuela: Editorial Mobil Libros.

Benthan, J. (1959). **Tratado de las Pruebas Judiciales.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.

Borjas, A. (1947). **Comentarios al Código del Procedimiento Civil Venezolano**. Caracas: Librería Piñango.

Brice, A. (1964). **Lecciones de Procedimiento Civil.** Tomo I. Maracaibo, Venezuela.

Buzaid, A. (1980). **La Carga de la Prueba.** Caracas: Corse 2 Goria Editores C.A.

Carnelutti, F. (1955). **La Prueba Civil.** Buenos Aires: Ediciones Acayú.

Chiovenda, J. (1966). **Principios de Derecho Procesal Civil.** Tomos I – II. Madrid, España: Instituto Editorial Reus S.A.

Couture, E. (1966). **Fundamentos de Derecho Procesal.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Desalma.

De La Oliva, A. y Fernández, M. (1988). **Derecho Procesal Civil.** Barcelona, España. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A.

De Piña, R. (1975). **Tratado de las Pruebas Civiles.** México: Editorial Poma.

Devis, H. (1981). **Teoría General de la Prueba Judicial.** Tomo I. Bogotá: Editorial Omega.

Framarino, N. (1964) **Lógica de las Pruebas en Materia Criminal.** Bogotá: Editorial Temis.

Guasp, J. (1968). **Derecho Procesal Civil. Apreciación de la Prueba Testimonial.** Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Guibourg, F. (1999). **Manual de Informática Jurídica**. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Henríquez, R. (1986). **Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil.** Maracaibo, Venezuela: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Micheli, G. (1970) **Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América

Ovalle, J. (1989). **Derecho Procesal Civil.** México: Impresora Publimex S.A.

Palacios, L. (1988). **Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa – América.

Peñaranda, H. (1999). **La Informática Jurídica y el Derecho Informático como Ciencia. El Derecho Informático como una Rama Autonoma del Derecho Electrónico**. Revista Electrónica de Derecho (REDI) N° 03.Octubre.

Pierre, O. (1980). **La Prueba en el Proceso Venezolano.** Caracas: Editorial Paz Pérez C.A. 4ta. Edición. Tomo I.

Prieto, L. (1964). **Derecho Procesal Civil.** Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

Ricci, F. (1971). **Tratado de las Pruebas.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Master.

Ricci, F. (1951). **De la Prueba en Derecho.** Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Nacional de Colombia.

Rosemberg, L. (1981). **Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa – América.

Rosemberg, Arístides (1997). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano**. Caracas. Editorial Arte.

Santana, M. (1983). **Pruebas.** Caracas: Paredes Editor.

ÍNDICE DE FUENTES DOCUMENTALES

Alsina, H. (1957). **Tratado de Derecho Procesal Civil.** 7 Tomos. Buenos Aires, Argentina. Ediar Editores, S.A.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. 1999. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario Nº. 38.860. Diciembre 30,1999.

Bello, H. (1966). **Pruebas.** Caracas, Venezuela: Editorial Estrados.

Bello, H. (1986). **Tratamiento de los Medios de Prueba**. Caracas, Venezuela: Editorial Mobil Libros.

Benthan, J. (1959). **Tratado de las Pruebas Judiciales.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.

Borjas, A. (1947). **Comentarios al Código del Procedimiento Civil Venezolano**. Caracas: Librería Piñango.

Brice, A. (1964). **Lecciones de Procedimiento Civil.** Tomo I. Maracaibo, Venezuela.

Buzaid, A. (1980). **La Carga de la Prueba.** Caracas: Corse 2 Goria Editores C.A.

Carnelutti, F. (1955). **La Prueba Civil.** Buenos Aires: Ediciones Acayú.

Chiovenda, J. (1966). **Principios de Derecho Procesal Civil.** Tomos I – II. Madrid, España: Instituto Editorial Reus S.A.

Congreso de la República de Venezuela. **Código Civil Venezolano.** 1982. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario Nº 2.990. Julio 26, 1982.

Congreso de la República de Venezuela. **Código de Procedimiento Civil de Venezuela.** 1986. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario Nº 3694. Enero 22, 1986.

Couture, E. (1966). **Fundamentos de Derecho Procesal.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Desalma.

De La Oliva, A. y Fernández, M. (1988). **Derecho Procesal Civil.** Barcelona, España. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A.

De Piña, R. (1975). **Tratado de las Pruebas Civiles.** México: Editorial Poma.

Devis, H. (1981). **Teoría General de la Prueba Judicial.** Tomo I. Bogotá: Editorial Omega.

Devis, H. (1993). **Procesal Civil**. Bogotá: Editorial Omega.

Framarino, N. (1964) **Lógica de las Pruebas en Materia Criminal.** Bogotá: Editorial Temis.

González, J. (1951). **Manual Práctico de la Prueba Civil.** Bogotá, Colombia: Librería Jurídica LTDA.

Guasp, J. (1968). **Derecho Procesal Civil. Apreciación de la Prueba Testimonial.** Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Guibourg, F. (1999). **Manual de Informática Jurídica**. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Henríquez, R. (1986). **Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil.** Maracaibo, Venezuela: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Micheli, G. (1970) **Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.

Muñoz, S. (1998). **Técnica Probatoria**. Barcelona. Editorial Praxis.

Ovalle, J. (1989). **Derecho Procesal Civil.** México: Impresora Publimex S.A.

Palacios, L. (1988). **Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa – América.

Parilli, O. (1997). **La Prueba y sus Medios Escritos.** Caracas. Mobil-Libros.

Peñaranda, H. (1999). **La Informática Jurídica y el Derecho Informático como Ciencia. El Derecho Informático como una Rama Autonoma del Derecho Electrónico**. Revista Electrónica de Derecho (REDI) N° 03. Octubre.

Pierre, O. (1980). **La Prueba en el Proceso Venezolano.** Caracas: Editorial Paz Pérez C.A. 4ta. Edición. Tomo I.

Prieto, L. (1964). **Derecho Procesal Civil.** Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

Ricci, F. (1971). **Tratado de las Pruebas.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Master.

Ricci, F. (1951). **De la Prueba en Derecho.** Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Nacional de Colombia.

Rosemberg, L. (1981). **Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa – América.

Rosemberg, Arístides (1997). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano**. Caracas. Editorial Arte.

Sánchez, A. (1987) **De la Instrucción de la Causa.** Caracas, Venezuela: Paredes Editores.

Santana, M. (1983). **Pruebas.** Caracas: Paredes Editor.

ÍNDICE ANALÍTICO

Carga de la Prueba..…… p. 11, 14, 18,19, 20, 27,28, 29, 31,33,
34, 41,49, 50, 54,55, 56, 57, 58, 60
61,67,69,70,72, 79,80,84,86, 92,93
94,145,172,173, 176

Distribución de la Carga de la Prueba… p. 3,33,49,54,56,57,59,60,61,70,84

Documentos …….. p. 2,3,52,65,102,103,105,106,109,
111,112,114,115,116,117,118
121,124,126,133,137

Documentos Electrónicos…… p. 134,137,141,160

Documento Informático…… p. 2,121,133,134,137

Documentos Privados…….. p. 2,106,110,114,117,126,127,128,
130,132,133,158,160,161

Documentos Públicos…… p. 2,106,112,115,116,117,125,134
137,138,157,170,174

Fundamentación de la Carga de la Prueba…… p. 27,31

Hechos Determinantes de la Carga de la Prueba……. p. 79

Instrumentos……..p. 2,44,,102,104,109,111,120,121,
127,130,141,146,147,151

Tacha……p. 2,3,114,121,132,143,145,146,147,
148,149,151,152,153,155,157,159
161,163,168,169,170

Tacha de los Instrumentos Privados. ……. p. 156

Impugnación……p. 3,113,114,115,121,144, 152,153,154
161,163,164,165, 166,170,174, 175,
176

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alsina	18,23,72,104,116,149
Bello	19,33,42,44,51,52,60,107,108,109
Benthan	22
Borjas	43,109,150
Brice	8
Buzaid	29,93
Carnelutti	7,25,26,29,40,42,45,46,52,64,67,108, 114,116,132,140
Chiovenda	29,107
Couture	8,10,13,15,34,51,68
De La Oliva y Fernández	36,56
De Piña	89
Devis	4,7,11,21,29,32,52,81,88,112,143
Framarino	23
Guasp	110,114
Guibourg	135,136
Henríquez	10,11,79,88
Lesona	87
Manzini	107

ANEXOS

ANEXO Nº 1

(Jurisprudencia de Incidencia por Tacha de Documentos Públicos)

LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente CARLOS OBERTO VÉLEZ.

En la incidencia por tacha de documento público surgida en el juicio por daños y perjuicios, intentado ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, con sede en Barquisimeto, por el ciudadano **HUGO ANTONIO COLMENARES GATICA**, sin representación judicial acreditada en autos, contra los ciudadanos **RAFAEL JOSÉ MELÉNDEZ COLMENARES, NAUN ELIGIO MELÉNDEZ** y **CARMEN OTILIA COLMENARES DE MELÉNDEZ**, sin representación judicial acreditada en autos; el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores (sic) de la misma Circunscripción Judicial, conociendo en competencia funcional jerárquica vertical, dictó sentencia en fecha 5 de septiembre de 2003, mediante la cual declaró con lugar el recurso procesal de apelación interpuesto por el demandante y declaró con lugar la tacha incidental, renovando por vía de consecuencia la sentencia del *a quo*. No hubo condenatoria al pagó de las costas procesales.

Contra la referida decisión, el demandante y los demandados anunciaron recurso de casación, el cual fue negado por auto de fecha 3 de octubre de 2003, con base en lo siguiente:

> "...se **NIEGAN** dichos recursos, por cuanto la sentencia que se pretende recurrir a casación, no pone fin al juicio ni impide su continuación; tampoco es subsumible la situación planteada dentro de alguna de las previsiones contenidas en el Artículo (sic) 312 del Código de Procedimiento Civil... ".

Con motivo del recurso de hecho interpuesto contra la negativa de admitir el de casación, la Sala recibió el expediente, del cual se dio cuenta en fecha 28 de octubre de 2003, designándose ponente de la máxima decisión procesal al Magistrado que con el carácter la suscribe y quien lo hace previa las siguientes consideraciones:

Ú N I C O

En el caso *in comento*, la decisión contra la cual se anunció y negó el recurso de casación, resolvió el recurso procesal de apelación interpuesto por el demandante contra la decisión de fecha 3 de febrero de 2003, dictada por el juzgado de primer grado, que declaró sin lugar la tacha incidental de documento público propuesta por el demandante.

En consecuencia, contra la referida decisión, el accionante anunció recurso ordinario de apelación, y el juzgado *ad quem*, mediante sentencia de fecha 5 de septiembre de 2003, revocó el fallo apelado, argumentando lo que a continuación se transcribe:

> "**...**De las pruebas de autos se evidencia que el ciudadano que el registrador certifica que el documento objeto de esta incidencia se encuentra inserto bajo el N° 48, tomo 4 del año 2000,

omitiendo la mención del libro de autenticación, cuando en realidad el mencionado tomo 4 no existía, no obstante que para la fecha de la inspección Extra-litem (18-06-2002) (sic), habían transcurrido dos años y cuatro meses de su presunto otorgamiento (22-03-2000) (sic), por lo que el mencionado instrumento carece de certeza en cuanto a la fecha, lugar y oportunidad. De forma que la presente tacha incidental debe prosperar con fundamento a lo establecido en el ordinal 6° del artículo 1380 del Código Civil... ”.

En relación a este tipo de decisión, en la que el juez de alzada declara con lugar una tacha de documento público, en el presente caso, un contrato de arrendamiento propuesto por los demandados, en el juicio principal por daños y perjuicios, es evidente, que la misma no es revisable en casación de inmediato, pues pese a que pudiera causar algún gravamen, el mismo puede ser reparado en la definitiva, por lo que ésta será la oportunidad de proponerse dicho recurso, en razón de que se trata de una sentencia interlocutoria que no pone fin al juicio y que simplemente como se indicó, dicho gravamen podrá o no ser reparado en la definitiva, pues el efecto de la misma es que la sustanciación del juicio continúe por el procedimiento ordinario.

En ese sentido lo ha establecido la Sala en sus decisiones, entre ellas, la del auto Nº 126 de fecha 4 de diciembre de 2001, (caso: José Dilio Briceño Matheus contra Margarita Fajardo De Contreras), expediente N° 01-664, expresando lo siguiente:

> “...Esta Sala aprecia, que la decisión recurrida resuelve la solicitud de tacha incidental hecha por la demandada, relativo a que se declare sin valor probatorio y sin eficacia jurídica el documento de compra venta de inmueble, presentado por el actor por cuanto no se encuentra debidamente protocolizado ante el Registro Público, declarándola sin lugar por haber sido formalizada -la tacha– extemporáneamente. Por tanto, esta decisión si bien causa gravamen al demandado, el mismo puede ser reparado en la definitiva. Asimismo, es un pronunciamiento interlocutorio que no pone fin al juicio principal ni impide su continuación.

Igualmente, la Sala, mediante auto Nº 83 de fecha 13 de abril de 2000, ***con ponencia del Magistrado que con tal carácter suscribe ésta***, expediente 00-006, (caso: Oscar Mora contra Fondo de Previsión Social de los Ingenieros, Arquitectos y Profesionales Afines del Colegio de Ingenieros de Venezuela), ha señalado lo siguiente:

> "...Las impugnaciones contra las sentencias interlocutorias que causen un gravamen no reparado en el fallo de última instancia, deben hacerse sólo en la oportunidad procesal en que se ejerce el recurso de casación, y ésta se da cuando se anuncie dicho recurso contra la sentencia de última instancia que no subsanó el agravio..."

Por lo anteriormente expuesto, y en aplicación a la jurisprudencia transcrita el recurso de casación es inadmisible, lo que determina la declaratoria sin lugar del presente recurso de hecho, tal como se emitirá de manera expresa, positiva y precisa en el dispositivo de este fallo. Así se decide.

D E C I S I Ó N

En fuerza de las anteriores consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **SIN LUGAR** el recurso de hecho propuesto contra el auto de fecha 3 de octubre de 2003, dictado por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores (sic) de la Circunscripción Judicial del estado Lara, con sede en Barquisimeto, denegatorio del recurso de casación anunciado contra el fallo de fecha 5 de septiembre del mencionado año, pronunciado por el referido juzgado superior.

Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso, de conformidad con lo dispuesto en la Ley. Publíquese, regístrese y remítase el expediente al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, con sede en Barquisimeto. Particípese esta remisión al Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores (sic) de la mencionada Circunscripción Judicial, de conformidad con lo establecido por el artículo 316 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veintinueve (29) días del mes de enero del dos mil cuatro. Años: 193º de la Independencia y 144º de la Federación.

El Presidente de la Sala,

_____

FRANKLIN ARRIECHE G.

El Vicepresidente-Ponente,

_____

CARLOS OBERTO VÉLEZ.

Magistrado,

_____

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

La Secretaria,

_____

ADRIANA PADILLA ALFONZO

Exp. Nº C-2003-0001036

ANÁLISIS.

En está primera jurisprudencia, de sentencia de la Sala de Casación Civil (Tribunal Supremo de Justicia); se observa incidencia por tacha de documentos públicos surgida en el juicio por daños y perjuicios. Se declara con lugar en esta sentencia la tacha incidental.

ANEXO Nº 2

(Jurisprudencia en Incidencia de Tacha de Documentos en el Interdicto de Amparo)

LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente: ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ.

En la incidencia de tacha de documento, presentada en el interdicto de amparo seguido ante el Juzgado Accidental Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Táchira con sede en San Cristóbal, por el ciudadano **ALICIO VELÁSQUEZ LÓPEZ,** representado judicialmente por los abogados Manuel Guillermo Rozo Cacua, Dalila De Caires Jiménez, María del Rosares Chacón Labrador y Joseline De Caires Jiménez, contra el ciudadano **JORGE ELIÉCER PEÑUELA ORTEGA,** representado judicialmente por el abogado Horst Alejandro Ferrero Kellerhoff, el Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de "Menores" de la misma Circunscripción Judicial, dictó sentencia en fecha 14 de mayo de 2004, mediante la cual declaró con lugar la apelación interpuesta por la representación judicial de la parte querellante y sin lugar la tacha de falsedad del libelo de la querella interdictal de amparo, en consecuencia, revocó la decisión dictada por el Tribunal a quo en fecha 11 de abril de 2003, en la cual declaró falso el libelo contentivo de la querella interdictal de amparo. Contra la mencionada decisión de alzada, la representación judicial de la parte querellada anunció y formalizó recurso de casación. Hubo impugnación.

Cumplidas las formalidades legales, pasa la Sala a dictar su máxima decisión procesal bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter la suscribe y lo hace previas las siguientes consideraciones:

UNICO

De acuerdo con reiterada doctrina, corresponde a la Sala pronunciarse en definitiva sobre la admisibilidad del recurso de casación, no obstante lo que al respecto hubiere decidido el Tribunal de alzada, cuando observare de oficio o a petición de parte, que la admisión de dicho recurso se hizo en contravención de los preceptos legales que regulan su admisibilidad.

La sentencia contra la cual se anunció recurso de casación, revocó la decisión dictada por el *a quo*, que declaró falso el libelo contentivo de la querella interdictal de amparo y, en consecuencia, **declaró sin lugar la incidencia de tacha documental**. Por tanto, la decisión recurrida resuelve una incidencia sobre la tacha de falsedad y ordena la continuación del juicio, que si bien puede causar un gravamen, es reparable en la definitiva, por lo que contra ella no es admisible de inmediato el recurso de casación.

En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación contra las decisiones interlocutorias que se dictan en el proceso para resolver cuestiones incidentales como la planteada en el caso de autos, relativa a que se declare la falsedad o no de un documento privado promovido por una de las partes, esta Sala, en sentencia de fecha 13 de abril de 2000, caso: Oscar Mora contra Fondo de Previsión Social de los Ingenieros, Arquitectos y Profesionales Afines del Colegio de Ingenieros de Venezuela, señaló lo siguiente:

> "...Las impugnaciones contra las sentencias interlocutorias que causen un gravamen no reparado en el fallo de última instancia, deben hacerse sólo en la oportunidad procesal en que se ejerce el recurso de casación, y ésta se da cuando se anuncie dicho recurso contra la sentencia de última instancia que no subsanó el agravio...".

Por tanto, dado que la sentencia recurrida no pone fin al juicio, sino que por el contrario ordena su prosecución, dicha decisión no tiene acceso a casación de inmediato, sino en forma refleja, de acuerdo al principio de concentración procesal previsto en el penúltimo párrafo del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, que establece que en la sola y única oportunidad de la decisión del recurso de casación ejercido contra la sentencia definitiva, deberán ser decididas las impugnaciones contra esta última, y contra las interlocutorias, considerando que si la definitiva repara el gravamen causado por aquéllas, habrá desaparecido el interés procesal para recurrir.

En fuerza de las anteriores consideraciones, no es admisible de inmediato el presente recurso de casación y, en consecuencia, el recurso de hecho propuesto debe ser declarado sin lugar. Así se decide.

D E C I S I Ó N

En fuerza de las anteriores consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **INADMISIBLE** el recurso de casación anunciado contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 2004, dictado por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de "Menores" de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, con sede en San Cristóbal. En consecuencia se **REVOCA** el auto de fecha 31 de mayo de 2004, mediante el cual se admitió dicho recurso extraordinario.

Se condena al recurrente al pago de las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.Publíquese, regístrese y remítase el expediente al tribunal de la causa, Juzgado Accidental Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la misma Circunscripción Judicial. Participese de la presente remisión, al Juzgado Superior de origen antes identificado

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los dos (2) días del mes de mayo de dos mil cinco. Años: 195º de la Independencia y 146º de la Federación.

Presidente de la Sala,

CARLOS OBERTO VÉLEZ.

Vicepresidenta,

YRIS PEÑA DE ANDUEZA.

Magistrado-Ponente,

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ.

Magistrada,

ISBELIA PÉREZ DE CABALLERO.

Magistrado,

LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ.

El Secretario,

ENRIQUE DURÁN FERNÁNDEZ

Exp.: N° AA20-C-2004-000533

ANÁLISIS.

En está sentencia también de la Sala de Casación Civil (Tribunal Supremo de Justicia); se observa que el Tribunal declara sin lugar la incidencia de tacha documental, resolviendo en esta forma una incidencia sobre la tacha de falsedad, ordenando la continuación del juicio.

ANEXO Nº 3

(Jurisprudencia en Juicio por Resolución de Comodato donde existe Carga de Prueba)

LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACION CIVIL

Ponencia del Magistrado Dr. FRANKLIN ARRIECHE G.

En el juicio por resolución de contrato de comodato e indemnización de daños y perjuicios, seguido por los ciudadanos **MARIA H. VERA TIRADO, FREDDY MORENO VERA, MARITZA MORENO VERA, JUDITH MORENO VERA, NANCY MORENO VERA Y GILBERTO MORENO VERA**, representados judicialmente por los abogados Virginia Infante de Izaguirre, Armando Izaguirre e Imelda Meinhardt, contra la ciudadana **MIRIAM, S. DE BENITEZ**, representada judicialmente por el abogado José Avila Marcano; el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó sentencia en fecha 22 de mayo de 2000, declarando sin lugar la apelación ejercida por la parte demandada, confirmando la decisión del tribunal de la causa, Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la misma Circunscripción Judicial, que declaró con lugar la demanda por resolución de contrato y sin lugar la reconvención propuesta.

Contra la decisión del mencionado Tribunal Superior anunció recurso de casación la parte demandada, el cual fue admitido por ese Tribunal en fecha 7 de junio de 2000.

En fecha 17 de julio de 2000, se recibió en la Secretaría de la Sala de Casación

Civil, escrito de formalización del recurso de casación presentado por el abogado José Francisco Avila Marcano, en representación de la parte demandada. El escrito de impugnación se recibió el 3 de agosto de 2000, suscrito por la abogado Imelda Meinhardt Zapata. No hubo réplica.

El 14 de junio de 2000, se dio cuenta en Sala del presente asunto, y se designó ponente al Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo.

Concluida la sustanciación del recurso de casación, cumplidas las formalidades legales, pasa esta Sala a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

PUNTO PREVIO

Argumenta el formalizante en su escrito, que plantea el presente recurso de casación contra dos decisiones, la primera, dictada por el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 22 de abril de 1996, y la otra, sentencia definitiva del Juzgado Superior identificada anteriormente. La primera denuncia del escrito de formalización, es por infracción de ley, destinada a impugnar la sentencia del juzgado de primera instancia antes señalado. Es clara la improcedencia de la señalada denuncia, pues del contenido del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, se deduce que sólo puede impugnarse a través del recurso de casación la decisión dictada en última instancia, salvo ciertas excepciones, como por ejemplo, la sentencia proferida por un Juez que conozca y resuelva el juicio de invalidación, o uno de queja, siendo de advertir que en ambos casos, esa sentencia de primera instancia, al propio tiempo es de la última. En todo caso, las interlocutorias dictadas en última instancia, que causan gravamen no reparado, tienen casación luego de agotados los recursos ordinarios.

Por las razones señaladas, la Sala entrará a conocer la única denuncia por

infracción de ley dirigida contra la sentencia de última instancia, obviando la dirigida contra la decisión del tribunal a-quo. Así se decide.

RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY

ÚNICO

Al amparo del ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, denuncia el formalizante la violación por parte de la recurrida del artículo 506 eiusdem, por falsa aplicación.

Argumenta el formalizante, que la recurrida acordó el pedimento de lucro cesante solicitado por la actora en su libelo, el cual ascendería a la cantidad de Bs. 378.662,oo bajo el criterio de que el inmueble se encuentra exento de regulación. Que "no se atuvo a lo alegado y probado en autos, sacando elementos de convicción fuera de éstos, y que siendo esto así, está más que comprobado que en el fallo recurrido, hubo una falsa aplicación del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil."

En efecto, señala el formalizante lo siguiente:

> "...Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, y apoyado en el artículo 317, ordinal 2º, denuncio la infracción por falsa aplicación del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, en que incurrió la sentencia dictada por el Tribunal Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas, en fecha 22 de mayo del año 2000. (Omissis).

Ahora bien, la pretensa apoderada, durante el lapso probatorio no promovió prueba alguna, a fin de demostrar la existencia del citado lucro cesante.

No obstante a ello, el sentenciador de la recurrida, en su decisión dijo lo siguiente:

Con respecto al lucro cesante reclamado por la actora, limitó ésta su solicitud a la suma de cuarenta mil bolívares mensuales desde la fecha de vencimiento del comodato, equivalente a un canon de arrendamiento, hasta la fecha de la demanda (18 de octubre de 1993) y los estimó en la suma de trescientos sesenta y ocho mil seiscientos sesenta y dos bolívares. De manera que habiendo sido comprobado en el proceso que el inmueble se encuentra exento de regulación y considerando este Tribunal Superior que para la fecha de la demanda, un canon de una casa quinta de la ubicación que es objeto del presente procedimiento era compatible con lo normalmente aceptado en el mercado inmobiliario, lo cual era un hecho notorio para la fecha de la demanda y, considerando además que la actora no solicitó indexación por este respecto, el Tribunal acuerda la indemnización solicitada por la actora, por concepto de lucro cesante que estimó en la suma de trescientos setenta y ocho mil seiscientos sesenta y dos bolívares.

Como se puede observar, la recurrida, por el sólo hecho de que el inmueble se encuentra exento de regulación, acordó la indemnización solicitada por la supuesta apoderada de la parte actora, por concepto de lucro cesante, no ateniéndose a lo alegado y probado en autos y sacando elementos de convicción fuera de éstos.

Y siendo esto así, está más que comprobado que en el fallo recurrido, hubo una falsa aplicación del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil...”.

Para decidir, la Sala observa:

En primer lugar, puede determinarse en la denuncia una falta de fundamentación, en cuanto a cómo fue quebrantado el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, por falsa aplicación. Tampoco indica el formalizante las normas que la recurrida ha debido aplicar y no lo hizo y es muy exigua la argumentación en torno a la supuesta influencia de la referida violación en el dispositivo del fallo. Sin embargo, a pesar de los escasos fundamentos planteados, la Sala entrará a conocer la denuncia en los siguientes términos:

La recurrida, no sólo dio como argumento para acordar el lucro cesante, la exención de regulación de que goza el inmueble objeto de la controversia. También se apoyó en una consideración sobre el valor del canon de alquiler solicitado por la actora en su libelo de demanda, por la cifra de cuarenta mil bolívares mensuales, lo cual fue considerado razonable por la recurrida, invocando incluso la notoriedad del valor de los alquileres por encima de la cifra pedida.

Además de ello, la sentencia impugnada estableció que el contrato de comodato acompañado por la parte actora, no fue impugnado o desconocido por la demandada, y por tal motivo lo apreció en todo su contenido. Asimismo, la recurrida determinó que los hechos excepcionantes alegados por la demandada en su escrito de contestación a la demanda, generaron una inversión de la carga probatoria sobre esta última, la cual no fue asumida por la accionada.

En efecto, señaló la recurrida lo siguiente:

"...Carga de la Prueba. Dispone en (sic) el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, 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.

En el mismo sentido está el contenido de la norma del artículo 1.354 del Código Civil. La carga de la prueba, no es una obligación que se impone caprichosamente a una cualquiera de las partes, esa obligación se tiene según la posición del litigante en la litis. Al demandante le corresponde la prueba de los hechos que alega, es decir, que incumbe (sic) probar a quien afirma la existencia de un hecho, no a quien niegue, más al demandado le corresponde la prueba de hechos en que fundamenta su excepción... (Omissis).

En el caso bajo examen alegó la parte actora los siguientes hechos: 1) que celebró con la demandada un contrato de comodato mediante documento autenticado, el cual fue prorrogado por otro documento autenticado y que el término del contrato venció el 4 de diciembre de 1992, le corresponde la carga de la prueba a la actora, 2) Que la demandada incumplió el comodato, al no restituir el inmueble en la fecha prevista, 3) Que celebró con la demandada una opción de compra venta, según los dos mismos documentos autenticados, que venció el 4 de diciembre de 1992. A la actora le corresponde la carga de la prueba, 4) Que la demandada no ejerció el derecho a comprar el inmueble en el término previsto, 5) Que se le produjo lucro cesante.

Por su parte la demandada alegó los siguientes hechos: 1) Que no se trató de un contrato de comodato, sino de un contrato de compra venta. Le corresponde la carga de la prueba a la demandada; 2) Que la actora se negó a firmar el documento definitivo de compra venta porque deseaba modificar el precio a doce millones de bolívares. A la demandada corresponde la carga de la prueba; 3) Que es falso que se haya negado a devolver el inmueble...”.

Como puede observarse, la recurrida fue delimitando uno a uno los hechos alegados por cada una de las partes, y les atribuyó respectivamente la carga de la prueba. Sucede con el caso particular del lucro cesante, que la sentencia impugnada consideró razonable el monto del alquiler dejado de percibir por la actora por el inmueble no entregado al vencimiento del comodato, estimado en una cifra total de

Bs. 378.662,oo. Es una situación de hecho, que el formalizante no impugna a través del medio apropiado.

En el caso bajo estudio, la aplicación del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, como toda norma de derecho, plantea una situación genérica y abstracta que en nada desvirtúa el específico marco fáctico establecido por el Juez de Instancia. En otras palabras, la recurrida basó su conclusión, en lo conservador del monto pedido y la experiencia común en torno a los precios de los alquileres en la zona. El formalizante no impugna tal razonamiento de la recurrida, en cuanto a la notoriedad de los referidos precios y por ello la Sala debe considerarlo una situación de hecho establecida.

Por otra parte, tampoco discute el formalizante la afirmación de la recurrida en el sentido de que la parte demandada no probó sus excepciones, como la supuesta contra oferta por Bs. 12.000.000,oo y su disposición de cumplir el contrato entregando el inmueble. En otras palabras, el incumplimiento del contrato de comodato, derivado de una conducta culposa por parte de la demandada, establecida claramente por el fallo de Alzada, no es atacada en la formalización, y por ello, cualquier otra consideración en nada cambiaría la suerte de la controversia.

Por los motivos antes expuestos, al observarse equilibrio por parte de la sentencia impugnada en la distribución de las cargas probatorias, la presente denuncia por infracción del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, debe considerarse improcedente. Así se decide.

Al ser desestimadas las denuncias del escrito de formalización, el presente recurso de casación se declarará sin lugar en el dispositivo del fallo. Así se decide.

D E C I S I Ó N

En mérito de las precedentes consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara: 1.- **INADMISIBLE** el recurso de casación ejercido por la representación judicial de la ciudadana MIRIAM S. DE BENITEZ contra la sentencia dictada por el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas, de fecha 22 de abril de 1996. 2.- **SIN LUGAR** el recurso de casación interpuesto por la prenombrada ciudadana MIRIAM S. DE BENITEZ, contra la sentencia proferida en fecha 22 de mayo de 2000, por el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Como consecuencia de haber resultado infructuoso el recurso de casación formalizado, se condena en costas a la recurrente.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente al tribunal de la causa, Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, participándole dicha remisión al Juzgado Superior antes identificado, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 326 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los veintisiete (27) días del mes de abril de dos mil uno. Años: 191º de la Independencia y 142º de la Federación.

El Presidente de la Sala-Ponente,

FRANKLIN ARRIECHE G.

El Vicepresidente,

CARLOS OBERTO VÉLEZ

Magistrado,

ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

La Secretaria,

ADRIANA PADILLA ALFONZO

Exp. 00-421

Tacha documental

ANÁLISIS.

Esta jurisprudencia emitida de la Sala de Casación Civil (Tribunal Supremo de Justicia); se observa una falta de fundamento, en cuanto, a como fue quebrantado el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, sobre la carga de las pruebas; por falsa aplicación; en igual forma se señala también el artículo 1354 del Código Civil sobre la carga de la prueba. El litigio observado versa en la confusión del contrato de comodato, o es un contrato de compra-venta.

ANEXO Nº 4

(Jurisprudencia en la Incidencia por Tacha de Documento Público surgida en el juicio por Reivindicación)

LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL.

Caracas, de de 2001. Años: 191º y 142º

En la incidencia por tacha de documento público surgida en el juicio por reivindicación, seguido por el ciudadano **JOSÉ DILIO BRICEÑO MATHEUS**, representado judicialmente por los abogados Daniel David Barrios Fernández y José Luis Acevedo Rodríguez, contra la ciudadana **MARGARITA FAJARDO DE CONTRERAS**, patrocinada judicialmente por los profesionales del derecho Oswaldo Manrique Ramírez y Jorge Méndez Araujo; el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, conociendo en apelación, dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2001, mediante la cual declaró sin lugar la apelación, y sin lugar la formalización de la tacha confirmando por vía de consecuencia la decisión de fecha 7 de febrero de 2001, proferida por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, del Trabajo y de Estabilidad Laboral(sic) de la misma Circunscripción Judicial, en la cual declaró extemporáneo por anticipado dicha formalización. Se condenó al pago de costas a la demandada.

Contra la precitada decisión, la accionada anunció recurso de casación en fecha 10 de julio de 2001, el cual fue declarado inadmisible por auto de fecha 18 de julio de 2001, con fundamento en que la sentencia recurrida es una interlocutoria que no pone fin al juicio ni impide su continuación.

Con motivo del recurso de hecho interpuesto contra la negativa de admisión del de casación, la Sala recibió el expediente, del cual dio cuenta en fecha 4 de octubre de 2001, correspondiendo la ponencia al Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo.Siendo la oportunidad para decidir, esta Sala procede a dictar sentencia en los términos siguientes:

Ú N I C O

En el caso *in comento*, el sentenciador superior como ya se dijo, negó el recurso de casación, con base en que la sentencia recurrida es una sentencia interlocutoria que no pone fin al juicio ni impide su continuación. Esta Sala aprecia, que la decisión recurrida resuelve la solicitud de tacha incidental hecha por la demandada, relativo a que se declare sin valor probatorio y sin eficacia jurídica el documento de compra venta de inmueble, presentado por el actor por cuanto no se encuentra debidamente protocolizado ante el Registro Público, declarándola sin lugar por haber sido formalizada- la tacha – extemporáneamente. Por tanto, esta decisión si bien causa gravamen al demandado, el mismo puede ser reparado en la definitiva. Asimismo, es un pronunciamiento interlocutorio que no pone fin al juicio principal ni impide su continuación.

En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación contra las decisiones interlocutorias que no ponen fin al juicio, sino que simplemente producen un gravamen que podrá o no ser reparado en la definitiva, esta Sala, en auto Nº83 de fecha 13 de Abril de 2000, caso Oscar Mora contra Fondo de Previsión Social de los Ingenieros, Arquitectos y Profesionales Afines del Colegio de Ingenieros de Venezuela, expediente Nº00-006 señaló lo siguiente:

> "...Las impugnaciones contra las sentencias interlocutorias que causen un gravamen no reparado en el fallo de última instancia,

> deben hacerse sólo en la oportunidad procesal en que se ejerce el recurso de casación, y ésta se da cuando se anuncie dicho recurso contra la sentencia de última instancia que no subsanó el agravio...”

Por tanto, dado que la sentencia recurrida es una interlocutoria, como se determinó *ut supra,* que no pone fin al juicio, sino que por el contrario ordena su prosecución, la Sala observa que dicha decisión no tiene acceso a casación de inmediato, sino en forma refleja, ya que de acuerdo al principio de concentración procesal y, de conformidad con lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, en la sola y única oportunidad de la decisión del recurso de casación ejercido contra la sentencia definitiva, deberán ser decididas las impugnaciones contra esta última y contra las interlocutorias, considerando que si la definitiva repara el gravamen causado por aquéllas, habrá desaparecido el interés procesal para recurrir.

En fuerza de las anteriores consideraciones, es concluyente señalar que no es admisible de inmediato el presente recurso de casación y, en consecuencia, el recurso de hecho propuesto debe ser declarado sin lugar. Así se decide.

D E C I S I Ó N

En fuerza de las anteriores consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **SIN LUGAR** el recurso de hecho propuesto contra el auto de fecha 18 de julio de 2001, dictado por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, denegatorio a su vez, del recurso de casación anunciado contra el fallo de fecha 28

de junio de 2001, pronunciado por el referido Juzgado. Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso, de conformidad con lo dispuesto en la Ley.

Publíquese y Regístrese. Remítase el expediente al Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, del Trabajo y de Estabilidad Laboral(sic) de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo. Particípese esta remisión al Juzgado Superior de origen, de conformidad con lo establecido por el artículo 316 del Código de Procedimiento Civil.

El Presidente de la Sala,

_____

FRANKLIN ARRIECHE G

El Vicepresidente,

_____

CARLOS OBERTO VÉLEZ

Magistrado y Ponente,

_____

ANTONIO RAMÍREZ JÍMENEZ

La Secretaria,

_____

ADRIANA PADILLA ALFONZO

Exp. Nº: 2001-000664

Nota: Publicado en su fecha a las

ANÁLISIS.

De está jurisprudencia emitida del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil; se observa la incidencia por tacha de Documentos Públicos surgida en el juicio por reivindicación. Se aprecia que la decisión recurrida resuelve la solicitud de tacha incidental hecha por la demanda, relativo a que declare sin valor probatorio y sin eficacia jurídica el documento de compra-venta de inmueble presentado por el actor