Magistra

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
AÑO 2 - Nº 1 - 2008

olica Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
scuela Nacional de la Magistratura

Magistra

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Año 2 • Nº 1 • 2008

Caracas, 2008

© ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
Tribunal Supremo de Justicia

Diagramación y montaje:
Dora Paulina Nicholls de García

Portada:
Carlos Pérez Cárdenas

Impreso en Venezuela
por Miguel Ángel García e Hijo, s.r.l.
Caracas

Depósito legal: pp200702DC2838
ISSN: 1856-8865

Consejo Directivo

Escuela Nacional de la Magistratura

Director General
Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera

Director General Adjunto
Dr. Oswaldo R. Hevia A.

Secretario General
Dr. Carlos Valery

Directora General de Administración y Recursos Humanos
Lic. Gisela Omaña

Directora General de Carrera Judicial
Abg. Dilcey Cortez

Directora General de Docencia (E)
Abg. Dilcey Cortez

Director de Información y Documentación Judicial
Lic. David Jaimes Berutti

Director de la Oficina de Cooperación Técnica y Proyectos Especiales
Prof. Rafael López

CONSEJO DE REDACCIÓN DE LA REVISTA

Director
Mag. Dr. Jesús Eduardo Cabrera R.

Subdirector
Dr. Oswaldo R. Hevia A.

Secretario
Dr. Carlos Valery

Revisión y Corrección
Dr. Oswaldo R. Hevia A.

Consejo Directivo

Escuela Nacional de la Magistratura

Índice

Presentación 7

Ensayos de Docentes de la Escuela Nacional de la Magistratura

Dhayana Carolina Fernández Matos
Discriminación contra las mujeres privadas de libertad en relación con el derecho a las visitas conyugales 11

Dr. Oswaldo R. Hevia A.
Conducta Judicial 33

Ensayos de participantes del programa de formación inicial (PFI)

Camilo Chacón Herrera
Los sentimientos, como el dolor sufrido por la muerte de un ser querido, o el amor por la pareja ¿requieren ser probados? 65

Cruces Díaz, Mirla Nereida
¿Puede ser objeto abstracto de la prueba la interpretación de la expresión corporal? 81

Ligia María González Briceño
¿Puede sostenerse que la fase de investigación del ministerio público debido al control de la investigación por el juez de control, la convierte en inquisitiva y jurisdiccional? 95

Nelson Wladimir Grimaldo H.
Valor probatorio de la pesquisas conforme
al Artículo 49 Constitucional 109

Adriana Maestracci Sisco
¿Las máximas de experiencia técnica pueden ser
suministradas en la alzada? 145

Francis Marval
La Jurisprudencia Vinculante de la Sala Constitucional
y el principio *iura novit curia* 179

Rubén Darío Morante Hernández
Incidencia de las costumbres no jurídicas en el principio
iura novit curia 193

Juan José Muñoz Sierra
¿El control de la investigación que realiza el Ministerio Público,
por parte del Juez de Control, otorga a la fase investigativa
alguna significación jurisdiccional, o se trata
de una aplicación del debido proceso a la prueba? 211

Thania Coromoto Navas Ramírez
Lo concerniente al objeto de la pretensión
¿se rige exactamente por las normas de la prueba de los hechos? 223

Ligia Elena Pérez Meléndez
Consideraciones sobre la aplicabilidad del principio *iura novit curia*
a las directrices técnicas contenidas en circulares emanadas
de la superintendencia de bancos y otras instituciones financieras 239

Luis Miguel Reyna Noguera
Los hechos implícitos y su prueba 255

Presentación

Los integrantes de la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM), nos sentimos sumamente satisfechos y sin lugar a dudas orgullosos al presentar un nuevo número de nuestra revista *Magistra* ante la comunidad académica venezolana interesada en los temas del Derecho y de la Justicia.

En buena hora, los productos de nuestra labor de investigación y docencia se plasman en esta nueva entrega, en donde acuciosamente son tratados temas sobre el Derecho Procesal, Derecho de Género y la Conducta Judicial, elaborados por nuestros docentes y los alumnos participantes del Programa de Formación Inicial (PFI), que por cierto, dicho programa se corresponde con nuestra segunda cohorte, algo también que nos regocija e impulsa a continuar siempre hacia adelante y en procura de la excelencia como norte.

Como en la primera edición, *Magistra* está expresada en forma seria y rigurosa. Con claridad y sencillez de estilo, y con el único objetivo de servir como libro de consulta fruto del conocimiento sobre la materia jurídica y con el deseo genuino de comunicarse con los demás.

Es de señalar que conociendo lo vasto del Derecho y de las múltiples y complejas interpretaciones que de él pudiesen hacerse sobre todo en lo referente a la administración de justicia, es por lo que no se ha pretendido jamás agotar los temas que han sido desarrollados en este contenido, en contrario ello nos obliga a recorrer con mayor amplitud y vehemencia todos aquellos caminos que la ciencia del Derecho nos ofrece. Así lo prometemos. Y así lo cumpliremos.

Dr. Oswaldo R. Hevia A.
Director General Adjunto de la
Escuela Nacional de la Magistratura

Presentación

Ensayos de Docentes de la Escuela Nacional de la Magistratura

Ensayos de Docentes
de la Escuela Nacional
de la Magistratura

Discriminación contra las mujeres privadas de libertad en relación con el derecho a las visitas conyugales

Dhayana Carolina Fernández Matos*

* Venezolana, Abogada (UCAB), Licenciada en Ciencias Políticas (UCV), Magíster en Ciencias Políticas y de la Administración, candidata a Doctora (Universidad Autónoma de Barcelona, España), Diploma de Estudios Avanzados en Gerencia de Proyectos de Desarrollo (UNIMET y BID). Ha sido profesora de las asignaturas Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y del Taller de Género y Derecho de la Escuela Nacional de la Magistratura, así como de los cursos Sistemas Políticos Latinoamericanos y Globalización de la Escuela de Estudios Políticos de la UCV.

RESUMEN

La situación de las mujeres privadas de libertad es completamente invisibilizada y se desconoce en muchos casos sus necesidades. En este trabajo se busca, a través del análisis de las posibilidades que tienen de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, específicamente el derecho a las visitas conyugales, visibilizar la diferencia de trato de la cual son víctimas en razón de su sexo. Además, se presentan una serie de medidas que podrían ser tomadas para tratar de mejorar su situación y garantizar el respeto de sus derechos humanos, incluidos sus derechos sexuales y reproductivos.

Palabras clave: Mujer, delito, derechos sexuales y reproductivos, visitas conyugales.

ABSTRACT

The situation of the women deprived of freedom is invisible and their needs are not known in many cases. In this work the right is looked, across the analysis of the possibilities that have of exercising their sexual and reproductive rights, specifically to the conjugal visits, which there makes visible the difference of treatment of which they are victims in reason of their sex. In addition, they present a series of measures that might be taken to try to improve their situation and to guarantee the respect of their human rights, included their sexual and reproductive rights.

Key words: Woman, crime, sexual and reproductive rights, conjugal visits.

Esta investigación fue presentada como trabajo final en el postgrado «Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica», del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

1. Presentación

La situación carcelaria en Venezuela presenta graves problemas que quebrantan diariamente los derechos humanos de las personas privadas de libertad, entre ellos destacan el hacinamiento, la falta de medidas higiénicas y sanitarias que permitan a los/as internos/as vivir en condiciones que no atenten contra su dignidad, el aumento del número de procesados/as en comparación con el número de condenados/as y principalmente, la cantidad de reclusos que son asesinados mensualmente en los centros de reclusión, cifra que durante los primeros tres trimestres del 2007 ascendió a 370 muertos y 781 heridos[1].

Aunque son muchos los problemas, este trabajo se centra en la invisibilización absoluta de las mujeres privadas de libertad en los proyectos, programas y políticas carcelarias que desarrolla o pretende desarrollar el gobierno venezolano, así como la discriminación en el goce y ejercicio de sus derechos a la cual son sometidas por ser mujeres. Se pretende justificar esta ausencia de la mujer argumentando que se trata de un porcentaje muy inferior al de los hombres privados de libertad. Según cifras oficiales, para el año 2004, la población penal en Venezuela era de 19.660 internos/as, de los cuales 18.527 eran hombres (94,2%) y 1.134 eran mujeres (5,8%)[2], pero la verdadera razón es que al igual que lo que ocurre en otros espacios, se le otorga menos importancia a las mujeres que a los hombres, tomándose como referencia a los reclusos, siendo las reclusas sólo un componente residual sin que existan medidas específicas que respondan a sus propias experiencias como mujeres. Se plantea incluso razones de orden y seguridad, argumentando que en virtud de que las reclusas pocas veces hacen uso de la fuerza, se fugan, se amotinan o representan un grave riesgo para la seguridad de las prisiones, su situación particular no es vista como prioritaria y sus demandas tienden a postergarse por tiempo indefinido (Azaola, 2007: 71).

Es preciso reconocer los elementos de la cultura androcéntrica y patriarcal que siguen presentes en los centros penitenciarios, reprodu-

1 Fuente: Humberto Prado, director del Observatorio General de Prisiones. Diario *El Nacional*, jueves 01 de noviembre de 2007, página 16 ciudadanos/sucesos.

2 Información obtenida de la página Web del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia http://www.mpprij.gob.ve/, fecha 16 de octubre de 2007.

ciendo las condiciones de discriminación de la mujer en el ejercicio de sus derechos. En esta investigación se analiza un hecho específico: las visitas conyugales y el tratamiento diferente que reciben las internas en comparación con los internos para el ejercicio de este derecho que forma parte de los derechos sexuales y reproductivos que tienen todas las personas.

Además, se presentan un conjunto de medidas que pueden ser aplicadas, tanto en el ámbito internacional como en el interno, para, por una parte, visibilizar a las mujeres privadas de libertad y por la otra, tratar de mejorar sus condiciones de vida.

2. Descripción de la situación de discriminación en contra de las mujeres

En todos los centros de reclusión de Venezuela, se evidencia una marcada diferencia entre el trato recibido por los hombres y las mujeres privadas de libertad en relación con el derecho a la visita conyugal. A las mujeres se les exige el cumplimiento de los siguientes requisitos para poder disfrutar de este derecho:

1. Estar casadas o demostrar que se trata de un concubino estable.
2. Haber mantenido una conducta intachable durante el tiempo de reclusión.
3. Someterse a un examen médico[3] y a las pruebas para detectar el HIV.
4. Es obligatorio el uso de un método anticonceptivo, las reclusas que se niegan a cumplir con esta medida no pueden gozar de su derecho a las visitas conyugales, porque según las expresiones de funcionarios y funcionarias de centros penitenciarios entrevistados, las internas no pueden quedar embarazadas.
5. Aunque no se señale expresamente, debe tratarse de relaciones heterosexuales. En cuanto a las mujeres lesbianas se les niega absolutamente la posibilidad de recibir visitas conyugales de personas de su mismo sexo, lo que incluso es visto como una aberración por los funcionarios de prisiones.

[3] No se especifica qué tipo de exámenes se les practican.

Estos requisitos son producto de la práctica consuetudinaria aplicada por los directores y las directoras de penales.

Hay que destacar que en algunos penales donde existen anexos femeninos[4] incluso se les niega absolutamente este derecho a las mujeres mientras los hombres lo ejercen sin ningún control[5].

En general, a los hombres internos en centros penitenciarios no se les exige el cumplimiento de ningún tipo de requisito para gozar del derecho a las visitas conyugales, siendo aún más evidente la discriminación en contra de las reclusas si tomamos en cuenta que en algunas de estas cárceles se permite la entrada de prostitutas que mantienen relaciones con varios hombres los días de visitas sin que exista ningún tipo de control sanitario al respecto. Ejemplo de lo señalado fue lo observado en el Centro Penitenciario Región Centro Occidental (Uribana), donde actualmente sólo 2 de las 92 internas disfrutan de las visitas conyugales 2 horas cada 15 días, mientras que los hombres, según explicó el director de Uribana, tienen visitas conyugales una vez a la semana, sin embargo, como las visitas de los hombres pueden llegar hasta los dormitorios y éstas son tres veces a la semana, no se puede «controlar» si durante las visitas familiares los hombres tienen visitas conyugales.

2.1. Fundamento de la selección

La escogencia del caso de las visitas conyugales de las mujeres privadas de libertad permite apreciar cómo la construcción de géneros limita las posibilidades reales de ejercer efectivamente sus derechos a las mujeres, específicamente los derechos sexuales y reproductivos, en un grupo que por su situación particular están en una situación de vulnerabilidad y dependencia mayor del Estado, que debe velar por sus derechos humanos.

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) se afirma que «los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener

---

4 En Venezuela sólo existe un centro de reclusión exclusivamente para mujeres, el Instituto Nacional de Orientación Femenina (INOF), pero existen en algunos penales masculinos anexos para las mujeres privadas de libertad.

5 Por ejemplo, en la Cárcel Nacional de Maracaibo donde los hombres sí tienen derecho a las visitas conyugales, mientras que a las mujeres se les niega este derecho (Aponte Sánchez, 2002: 177).

control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad (...) sobre la base del respeto recíproco y las relaciones igualitarias entre el hombre y la mujer respecto a las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el respeto a la plena integridad de la persona»[6]. En este sentido, los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, por tanto el Estado está obligado a respetarlos, garantizarlos y satisfacerlos sin que se justifiquen diferencias basadas en el sexo o la identidad sexual de las personas.

La forma como el sistema penitenciario venezolano refuerza los roles y estereotipos de hombres y mujeres, lleva a la invisibilización de las condiciones particulares de las mujeres privadas de libertad, negándoseles el derecho a las visitas conyugales o restringiéndoselas sin ningún tipo de fundamentación jurídica y además se les estigmatiza doblemente por delinquir y por ir en contra del modelo de mujer buena, tal como nos dice Élida Aponte (2002: 177): «Nuestra sociedad nos quiere santas, pero en la cárcel nos quiere también castas. En otras palabras, a la sanción legal le sigue una sanción moral sólo por el hecho de ser una mujer infractora».

Queremos subrayar que este tema sirve de referencia para reflejar los distintos tipos de discriminaciones de las cuales son víctimas las reclusas en razón de su sexo.

2.2. *Elementos que permiten afirmar que existe la discriminación*

Siguiendo la definición establecida por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General Nº 18, «No Discriminación»[7], vemos que en el caso de las mujeres privadas de libertad existe una distinción basada

[6] Tomado de http://www.un.org/womenwatch/confer/beijing/reports/, fecha 06 de noviembre de 2007.

[7] «(...) "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas». Observación General Nº 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

en el sexo que menoscaba el reconocimiento, goce y ejercicio del derecho a las visitas conyugales en igualdad de condiciones que las que tienen los hombres. Podemos afirmar que existe un trato discriminatorio porque se dan los siguientes elementos:

1. Se trata de una diferenciación en el trato que no obedece a un elemento objetivo, sino por el contrario, la diferencia que se hace entre hombres y mujeres para acceder a la visitas conyugales está fundada en una categoría sospechosa, el sexo y a los patrones culturales tradicionales, que reproducen y profundizan en las cárceles la condición de subordinación de las mujeres, percibiendo a éstas como seres asexuados, sin derecho a gozar plenamente de su cuerpo, así como a la autodeterminación reproductiva y la libre opción de la maternidad, derechos que no quedan suspendidos[8] porque las mujeres hayan cometido un delito y estén privadas de libertad, ya que «(...) la sexualidad es inherente al ser humano y prohibir las expresiones privadas de la sexualidad niega el derecho individual a ser plenamente humano» (Cook *et al.*, 2003: 165). Hombres y mujeres tienen igual derecho a disfrutar su sexualidad.
2. No hay una razón que justifique esta diferencia en el trato, por el contrario, los hombres y mujeres privados de libertad deben estar amparados en igualdad de condiciones para el ejercicio de sus derechos, salvo las limitaciones derivadas de estar penados/as o procesados/as, de acuerdo a lo establecido en los artículos 3[9] y 10.1[10] y 10.3[11] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[12] (PIDCP). En esta misma línea, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[13] expresamente consagra la igual-

[8] Sin negar las restricciones derivadas del hecho de estar privadas de libertad.

[9] Igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos establecidos en el PIDCP.

[10] «Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

[11] «El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados».

[12] Adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por Venezuela el 28 de enero de 1978 según *Gaceta Oficial* Nº 2.146.

[13] Artículos 19 y 21. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* 5.453, 24 de marzo de 2000.

dad ante la ley de todas las personas y la obligación del Estado de garantizar a todos y todas el goce y ejercicio de sus derechos humanos, por tanto, todos/as los/as internos/as de los penales venezolanos, deben recibir de los/as funcionarios/as el mismo trato y gozar de igual protección de dichos/as funcionarios/as para el goce de los derechos que no fueron suspendidos o limitados por la autoridad que ordenó su reclusión[14]. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28[15] establece que los Estados Partes del PIDCP deben presentar, en relación con el cumplimiento de los artículos 7 (prohibición de torturas, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes) y 10 (trato humano y digno a las personas privadas de libertad), toda la información pertinente para asegurarse que los derechos de las personas privadas de libertad estén amparados en igualdad de condiciones para la mujer y para el hombre.

Por otro lado, el establecimiento de medidas mucho más rigurosas a las mujeres, fundadas en evitar el embarazo en las reclusas, no es un criterio razonable y viene a profundizar la discriminación fundada en el sexo debido a que sólo las mujeres pueden estar sujetas a esta condición, lo que va en contra de lo establecido en el preámbulo de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[16] (CEDAW por sus siglas en inglés) donde se expresa que «El papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación», y además significa una intervención de los agentes estatales en la intimidad de las mismas, violando el derecho que éstas tienen a decidir libremente el número de hijos que desean tener, derecho que no se suspende por estar la mujer privada de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.e[17] de la CEDAW. En este

[14] Ver al respecto la decisión de la Corte Constitucional de Colombia del 14 de julio de 1993, Sentencia N° T-273/93, relativa al derecho de los/as internos/as a las visitas conyugales, presunción de buena fe y derecho de los cónyuges.

[15] Observación General N° 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 3. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).

[16] Adoptada el 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981, ratificada por Venezuela el 02 de mayo de 1983.

[17] CEDAW, artículo 16: «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para

sentido, el Comité CEDAW recomienda a todos los Estados Partes que «...todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa», obligar a las mujeres reclusas a usar algún método anticonceptivo en contra de su voluntad viola estos derechos, se precisa por el contrario, hacerlas entender la necesidad de ejercer una sexualidad responsable.

3. Tampoco existe proporcionalidad entre la medida, exigir mayores requisitos a las mujeres para optar a las visitas conyugales y la finalidad perseguida, evitar las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos, porque los reclusos hombres a quienes no se les exige el cumplimiento de estas formalidades también pueden contraer enfermedades sexuales y pueden fecundar dejando a las mujeres que los visitan embarazadas.

4. El trato diferenciado en este caso es discriminatorio porque no persigue un fin legítimo, el que las reclusas sean sometidas a condiciones diferentes a los reclusos no busca lograr una igualdad efectiva de los derechos de las mujeres, ni tampoco se trata de una diferencia que se justifique porque hombres y mujeres estén en condiciones de desigualdad, por el contrario, la medida profundiza la discriminación de las mujeres, se basa en patrones socioculturales que, repetimos, estigmatizan doblemente a las mujeres: por delinquir y por ser «malas», teniendo deseos «propios» de los hombres y al adoptar este tipo de decisiones, los agentes estatales, en este caso los funcionarios/as encargados/as de dirigir las prisiones violan el derecho que tienen las mujeres a que se respete su dignidad humana, que no se pierde bajo ninguna circunstancia y a ser libres de toda forma de discriminación de acuerdo a lo establecido en los artículos 2, 3 y 26 del PIDCP; los artículos 1, 2, 5 y 16 de la CEDAW; el artículo 1 de la Convención

---

eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos...».

Americana de Derechos Humanos[18]; los artículos 4.e[19] y 6[20] de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer[21] (Convención Belém do Pará).

Las diferencias establecidas entre reclusos y reclusas para gozar del derecho a las visitas conyugales, coloca al Estado venezolano en una situación de incumplimiento de las obligaciones contraídas al ratificar la CEDAW, ya que no cumple con su compromiso de abstenerse de incurrir en discriminación contra la mujer, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.d[22] en virtud de que son agentes estatales, los/as funcionarios/as de centros penitenciarios, los que actúan de esta manera.

En nuestro criterio este caso se trata de una violación del derecho a la no discriminación establecido en el artículo 26 del PIDCP, y el incumplimiento por parte del Estado venezolano de su obligación de abstenerse de incurrir en prácticas discriminatorias y de velar porque los agentes estatales actúen bajo esta premisa, así como del compromiso de adoptar medidas para modificar reglamentos, usos y prácticas que constituyan

---

18 Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. Ratificada por Venezuela el 14 de julio de 1977 según *Gaceta Oficial* N° 31.256.

19 Artículo 4. «Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:
f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley...»

20 Artículo 6. «El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación».

21 Aprobada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994, entrando en vigor el 05 de marzo de 1995. Ratificada por Venezuela el 16 de enero de 1995 según *Gaceta Oficial* N° 35.632.

22 Artículo 2. «Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:
d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación...»

discriminación contra la mujer, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.f[23] de la CEDAW.

Es una violación generalizada porque afecta a la población de mujeres reclusa en Venezuela, aunque se trata de un hecho específico, la regulación para el otorgamiento de visitas conyugales, es inherente a la falta de garantía que tienen las mujeres para el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos con el agravante, en este caso, que se trata de mujeres privadas de libertad y el Estado tiene una obligación mayor de garantizarle sus derechos humanos.

2.4. Existencia de discriminaciones cruzadas

La mayoría de las mujeres privadas de libertad en Venezuela son pobres, tienen uno/a o más hijos/as y bajo nivel de instrucción, lo que constituyen elementos que pueden configurar discriminaciones cruzadas porque ellos no escapan de la criminalización de la pobreza que se observa en nuestra región, donde sin duda las mujeres se encuentran en las peores condiciones, agravando su posición de vulnerabilidad el hecho de estar privadas de libertad. En ese sentido, habría que indagar hasta qué punto las internas tienen conocimiento de que las visitas conyugales constituyen un derecho humano.

También es importante señalar, que la mayoría de las internas, bien sea condenadas o procesadas, lo están por delitos de drogas. Sirva como ejemplo nuevamente el caso de Uribana donde hay 92 mujeres de las cuales 53 (58%) están condenadas o procesadas por la comisión de algún delito relacionado con drogas, bien sea distribución, tráfico, ocultamiento o transporte.

En un estudio realizado en el «Centro Penitenciario de la Región Andina» durante el período noviembre 2005 a febrero 2006, relativo a la delincuencia femenina por tráfico de drogas (Salazar, 2007), se señaló que la necesidad económica es una variable determinante en la perpetración de este tipo de delito y además, se reflejó el caso particular de las mujeres jefas de hogar quienes ante la carga familiar son más vulnerables a realizar este tipo de actividades.

[23] «f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer...».

3. Medidas para erradicar la discriminación de la cual son víctimas las mujeres privadas de libertad en cuanto a las visitas conyugales

En esta materia se puede tratar de incidir tanto en el ámbito nacional como en el internacional, a través de medidas que pueden ser de carácter legislativo, educativo, de políticas públicas o simplemente de visibilizar esta situación de discriminación.

3.1. Medidas de carácter internacional

Básicamente se trata de visibilizar la situación de las mujeres privadas de libertad en relación con sus derechos sexuales y reproductivos y la discriminación de la que son víctimas en cuanto a su derecho a las visitas conyugales, con el fin último de poner en el escenario internacional esta problemática. Estas medidas pueden ser:

1. Dentro del Informe Sombra que se presenta a la CEDAW, debe establecerse un capítulo específico relativo a las mujeres privadas de libertad por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, donde el problema de las visitas conyugales se refleje, aunque éste sea sólo un elemento de las distintas formas de discriminación a la cual son sometidas las internas.
2. Las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción y protección de las mujeres deben plantear y hacer presión ante el Comité de la CEDAW para que se desarrolle una relatoría específica para analizar la situación de las mujeres privadas de libertad que comprenda un capítulo referido al derecho a las visitas conyugales.

Resulta importante una relatoría especial porque el trato discriminatorio hacia las reclusas en general y en particular en el caso de las visitas conyugales, no se da únicamente en Venezuela sino en muchos países de América Latina y el mundo, por lo que se requiere la implementación de una estrategia integral que permita analizar la situación existente. A través del Informe Sombra se busca visibilizar el incumplimiento del Estado venezolano de las obligaciones que tiene en el marco de la CEDAW

en aras de ejercer presión para que haya una recomendación del comité CEDAW en esta materia.

3.2. Medidas de carácter nacional

Medidas de tipo legislativo y de tipo educativo.

1. Legislativo: Elaboración de un reglamento que establezca de manera clara, el procedimiento y los requisitos que hay que cumplir para gozar del régimen de visitas conyugales. Se deberán unificar criterios y dichas normas serán aplicadas tanto a hombres y mujeres reclusos/as, sin que exista un trato diferencial que coloque a las mujeres en una situación de desigualdad y de discriminación en relación con los hombres. Estas normas deben consagrar el respeto y garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en igualdad de condiciones que los hombres, y prohibir prácticas que atenten contra su derecho a la intimidad, a la autonomía y a decidir libremente los hijos/as que desean tener. Esto de acuerdo a lo establecido en la Observación General Nº 28 del Comité de DDHH que establece que «los Estados Partes deben presentar información que permita al Comité evaluar los efectos de las leyes y prácticas que entraben el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17. Constituye un ejemplo de esa situación el caso en que se tiene en cuenta la vida sexual de una mujer al decidir el alcance de sus derechos y de la protección que le ofrece la ley», tal como ocurre en el caso en cuestión con relación a la posibilidad de gozar del derecho a las visitas conyugales.
2. Educativo: Desarrollo de un programa de formación y sensibilización sobre los derechos humanos de las mujeres, con especial referencia a los derechos sexuales y reproductivos, dentro de los cuales se encuentra el derecho de gozar de visitas conyugales, dirigido a los/as directores/as y demás funcionarios/as de los centros penitenciarios. Todo ello en el marco de lo consagrado en el artículo 5.a de la CEDAW que establece la obligación de los Estados de adoptar medidas apropiadas para modificar patrones socioculturales de hombres y mujeres, para eliminar prejuicios y

prácticas consuetudinarias fundadas en estereotipos y que colocan a la mujer en una situación de inferioridad en relación con el hombre.

La elaboración de un reglamento es necesario para eliminar la incertidumbre existente actualmente al establecerse de manera discrecional, de acuerdo a la posición de cada director o directora de los centros penitenciarios, los requisitos que se deben cumplir para tener derecho a las visitas conyugales y de esta forma se unifican criterios garantizándose los derechos sexuales y reproductivos de los/as internos/as. Sin embargo, este instrumento legal para que cumpla con su objetivo se requiere que vaya acompañado de medidas de carácter educativo porque el problema es que los agentes estatales, fundados en estereotipos y patrones culturales colocan a las mujeres, en este caso a las reclusas, en una situación de desigualdad en relación con los hombres, lo que limita o suspende el ejercicio de su derecho a las visitas conyugales, más allá de lo permitido para las personas condenadas o procesadas. De nada valdrían cambios legislativos y convenios internacionales si los/as agentes estatales no cambian su forma de actuar; la sensibilización de los/as funcionarios/as con la problemática de las mujeres, permite además que se desarrollen programas y medidas destinadas a las mujeres privadas de libertad de acuerdo a sus necesidades y no como un accesorio o de forma residual, al tratamiento que reciben los hombres, convirtiéndose en un factor clave para erradicar la discriminación de la que son víctimas las internas en relación con sus derechos humanos en general y las visitas conyugales en particular.

4. Desarrollo de las estrategias a implementarse

En esta parte desarrollaremos las medidas de carácter nacional reseñadas en la sección 3.2 de este trabajo.

4.1. Programa de capacitación

4.1.1. Fin

Mejorar el respeto, garantía y protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad.

4.1.2. Propósito

El respeto al derecho a la no discriminación y al goce efectivo del derecho a las visitas conyugales para las mujeres privadas de libertad.

4.1.3. Objetivo

Que los funcionarios y funcionarias encargados/as de dirigir los centros penitenciarios, vigilar y realizar funciones de custodia de las mujeres privadas de libertad, adquieran conocimiento de los distintos instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos en general y derechos de las mujeres en específico que deben ser aplicados, incluidos conocimientos sobre los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a las visitas conyugales de las reclusas, el respeto al derecho a la no discriminación y las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas[24].

4.1.4. Componentes

4.1.4.1. Realizar un diagnóstico de las necesidades de capacitación que permita la retroalimentación para el diseño de programas de formación y sensibilización para los/as funcionarios/as encargados/as de dirigir los centros penitenciarios, así como aquellos/as encargados/as de vigilar y realizar funciones de custodia.

Actividad:

Elaboración de un cuestionario de preguntas abiertas para indagar acerca de los conocimientos sobre los derechos humanos de las mujeres que tienen los/as funcionarios/as, las medidas destinadas a prevenir la discriminación de las reclusas y las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas.

Resultado esperado en esta fase:

Documento de diagnóstico de necesidades de capacitación elaborado.

[24] Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

4.1.4.2. Establecer mecanismos de cooperación entre la Dirección de Prisiones del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, entidades de la sociedad civil, las universidades, la Escuela Nacional de la Magistratura, para la selección de los contenidos que se incluirán en los programas de formación y su implementación.

Actividades:

- Realización de grupos de trabajos que debatan sobre la problemática de las mujeres privadas de libertad, sus derechos humanos, las situaciones de discriminación de la cual son víctimas, incluidas las referentes a las visitas conyugales y las necesidades de capacitar a los/as funcionarios en esta materia, para llegar a conclusiones sobre los contenidos del currículo de los programas de formación.
- Establecer alianzas con las entidades antes descritas para la implementación de los programas de formación.

Resultados esperados:

Propuesta sobre los contenidos que deben ser incluidos en los programas de formación y elaboración de un directorio de personas y entidades que colaborarán en la implementación de los programas.

4.1.4.3 Diseñar los programas de formación

Actividades:

- Diseño curricular de los programas de formación en género, derechos humanos de las mujeres y no discriminación, respeto de los derechos sexuales y reproductivos, derecho de las reclusas a las visitas conyugales, dirigidos a los/as funcionarios/as de los centros penitenciarios.
- Elaboración de los contenidos de los materiales educativos que serán utilizados en los programas de formación.
- Publicación y difusión de los materiales educativos para los programas de formación.

Resultados esperados:

La obtención del currículo que se desarrollará en los programas de formación y el material bibliográfico y educativo que se utilizará en la enseñanza.

4.1.4.4. Capacitación de los/as facilitadores/as que dictarán las clases en los programas de formación.

Actividades:

- Selección de los/as facilitadores/as.
- Capacitación de los/as facilitadores/as en los contenidos incluidos en el diseño curricular de los programas de formación dirigidos a los/as funcionarios/as de los centros penitenciarios.

Resultado esperado:

Preparación de los/as facilitadores/as que impartirán los programas de formación.

4.1.4.5. Implementación de los programas de formación en género, derechos humanos de las mujeres y no discriminación, respeto de los derechos sexuales y reproductivos, derecho de las reclusas a las visitas conyugales, dirigido a los funcionarios/as de los centros penitenciarios.

Actividades:

Realización de talleres a nivel regional dirigidos a los/as funcionarios/as encargados/as de dirigir, vigilar y realizar funciones de custodia de las mujeres privadas de libertad.

Resultado esperado:

Capacitación de los/as funcionarios/as en género, derechos humanos de las mujeres y no discriminación, respeto de los derechos sexuales y reproductivos, derecho de las reclusas a las visitas conyugales.

4.1.5 Impacto esperado

Mejorar las condiciones de reclusión y el tratamiento que las reclusas reciben de los/as directores/as de centros de reclusión y del personal de

custodia, debido al mejor conocimiento que éstos tienen en género, derechos humanos de las mujeres y no discriminación, respeto de los derechos sexuales y reproductivos, derecho de las reclusas a las visitas conyugales.

4.1.6. Indicadores

4.1.6.1. Cuantitativos

1. Número de directores y directoras de centros penitenciarios capacitados/as.
2. Numero de funcionarios y funcionarias que trabajan en los centros de reclusión capacitados/as.

4.1.6.2. Cualitativos

1. Análisis del otorgamiento de la medida de visitas conyugales a hombres y mujeres durante el año siguiente a la realización del programa de formación.
2. Realización de un cuestionario para ser aplicado al 60% de las mujeres privadas de libertad para conocer cuál ha sido el tratamiento recibido y el respeto a sus derechos durante el año siguiente a la realización del programa de formación.

4.2. Reglamento sobre visitas conyugales de las personas privadas de libertad

A continuación se presenta una propuesta de reglamento que pretende servir de referencia para la regulación de las visitas conyugales.

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que expresamente señala la obligación del Estado de garantizar un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto de sus derechos humanos, en concordancia con lo establecido en la Ley de Régimen Penitenciario y Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas,

Considerando que el objetivo último de la pena es la reinserción social y la prisión no debe convertirte en una institución que castigue y estigmatice de

distintas formas a los hombres y las mujeres privados/as de libertad con penas que vayan más allá de las establecidas en la decisión judicial,

Considerando que el ejercicio de la libertad sexual, autonomía, integridad y seguridad sexual del cuerpo, el derecho a la privacidad y la equidad sexual forman parte de los derechos sexuales de todas las personas,

Reafirmando el derecho de los reclusos y las reclusas a un ejercicio sexual autónomo e independiente de la reproducción, a disponer de información y educación que les permita la toma de decisiones responsables y el derecho a elegir libremente y no por obligación, el tener o no tener descendencia.

El Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia dicta lo siguiente:

PROPUESTA DE REGLAMENTO INTERNO SOBRE LAS VISITAS CONYUGALES EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 1. El presente Reglamento tiene por objeto normar el régimen de visitas conyugales de los internos e internas de los centros penitenciarios que funcionan en Venezuela.

Artículo 2. Por visitas conyugales a los efectos de este reglamento, se entienden las relaciones físicas y sexuales a las que tienen derecho los internos y las internas de los centros penitenciarios con sus cónyuges, parejas de hecho o cualquier persona con la cual decidan tener una relación sexual e íntima consentida.

Artículo 3. El presente reglamento se aplicará a todos los internos y todas las internas en igualdad de condiciones, sin discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición de condenados o procesados, la orientación sexual, condición política, social o de cualquier otra índole.

Artículo 4. Los directores y las directoras de los centros penitenciarios deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar, en igualdad de condiciones, el otorgamiento de las visitas conyugales; para ello podrán adoptar disposiciones especiales para asegurar a todos los internos e internas el goce efectivo de dichas visitas.

En cumplimiento de lo establecido en la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los directores y directoras de centros penitenciarios deberán tomar las medidas

apropiadas para la eliminación de los prejuicios, patrones socioculturales y las prácticas consuetudinarias que discriminan a las mujeres en el otorgamiento de las visitas conyugales en condiciones iguales a las de los hombres.

Capítulo II
Del espacio físico

Artículo 5. En cada uno de los centros penitenciarios del país deben existir espacios físicos acondicionados que les aseguren a los internos e internas absoluta privacidad en sus visitas conyugales.

En aquellos centros mixtos, el espacio destinado a las visitas conyugales de las mujeres debe estar separado del espacio destinado a las visitas conyugales de los hombres.

El director o directora del centro penitenciario, dictará un instructivo referido a la alternancia de los internos y la alternancia de las internas para el uso de los espacios destinados a las visitas conyugales.

Artículo 6. El espacio físico deberá contar con el mobiliario idóneo para asegurar a los internos y las internas el goce del derecho a la intimidad sexual.

El espacio físico deberá contar con instalaciones sanitarias adecuadas para que el interno o la interna, así como sus parejas puedan satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente.

Capítulo III
Requisitos para optar a las visitas conyugales

Artículo 7. El interno o la interna que desee hacer uso de las visitas conyugales deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Hacer su petición de forma verbal o escrita al director o directora del centro penitenciario, quienes se encuentran obligados a contestarla de manera verbal o escrita durante los 7 días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud.
2. Haber mantenido buena conducta en el centro penitenciario.
3. Asistir de forma obligatoria a un taller sobre derechos sexuales y reproductivos y el ejercicio responsable de la sexualidad.

Cumplidas estas formalidades, el interno o interna tendrá derecho a las visitas conyugales, sin más limitaciones que las referidas a la disciplina, el espacio físico, a la alternancia del mismo por los internos y las internas en el centro penitenciario.

Artículo 8. El centro penitenciario deberá contar con insumos tales como preservativos, dispositivos intrauterinos, pastillas anticonceptivas o cualquier otro método anticonceptivo para ser distribuidos a los internos y las internas que voluntariamente expresen su decisión de hacer uso de los mismos.

En aras de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de los internos y las internas, el respeto a sus derechos humanos y a su dignidad personal queda prohibido que el director o directora de los centros penitenciarios, así como los funcionarios y funcionarias que realicen labores de custodia, obliguen a los internos o las internas a utilizar algún método anticonceptivo para poder gozar de las visitas conyugales. El funcionaria o funcionaria que viole esta prohibición podrá ser sometido o sometida a medidas disciplinarias, pudiendo acarrearle incluso la destitución de su cargo.

Artículo 9. El director o directora del centro penitenciario podrá limitar o suspender las visitas conyugales a uno o más internos o internas por razones de seguridad, mala conducta o peligro que ponga en riesgo la vida de las personas.

Dicha limitación o suspensión debe ser convalidada por el Consejo del Centro Penitenciario.

Artículo 10. Los funcionarios y las funcionarias del centro penitenciario deberán asistir a programas de formación y capacitación sobre los derechos sexuales y reproductivos de los internos y las internas, para lo cual podrán establecerse mecanismos de coordinación con universidades, organizaciones no gubernamentales u otras instancias que desarrollen programas en esta materia.

Artículo 11. Todo lo no previsto en el presente Reglamento será resuelto conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Ley de Régimen Penitenciario, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y demás instrumentos nacionales e internacionales relativos a garantizar los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

5. Reflexiones finales

Las mujeres privadas de libertad constituyen uno de los grupos más vulnerables e invisibilizados de la sociedad, lo que obstaculiza el ejercicio

efectivo de sus derechos humanos. Se requiere adoptar medidas especiales que permitan a estas mujeres la reinserción social y la posibilidad real de desarrollar un proyecto de vida digno. Su condición de mujeres no debe constituirse en un elemento punitivo más ni debe ser una razón para un trato discriminatorio.

6. Bibliografía

APONTE SÁNCHEZ, E. (2002). «Violencia y las mujeres reclusas de la Cárcel Nacional de Maracaibo». *La Ventana*, Nº 15.

AZAOLA, E. (2007). «Género y justicia penal en México». En: *Mujeres y castigo. Un enfoque sociojurídico y de género*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid.

CASTELLS, C. (1996). «Introducción». En: *Perspectivas feministas en teoría política*. Editorial Paidós, Barcelona.

COOK, R.; DICKENS, B.; FATHALLA, M. (2003). *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*. Bogotá. Profamilia.

FEMENÍAS, M. (2002). «El feminismo ante el desafío de las diferencias». *Revista Debats* Nº 76, Año 2, septiembre 2002, España.

LAGARDE, M. (1999). «Democracia Genérica». En: *Antología latinoamericana y del Caribe: mujer y género*. Managua: Universidad Centroamericana (UCA).

SALAZAR, T. «Análisis sobre la delincuencia femenina por droga. Centro Penitenciario Los Andes» Mérida-Venezuela 2005-2006. *Capítulo Criminológico*, dic. 2007, vol. 35, Nº 4.

Conducta Judicial

Dr. Oswaldo R. Hevia A.*

* Venezolano, Doctor en Ciencias de la Educación, Doctor en Ciencias Administrativas, M.Sc. en Docencia para la Educación Superior, Docente de Pre y Postgrado en diferentes Instituciones de nuestro país. Ha sido Director General Docente de la ENM, y actualmente Director General Adjunto en ésta. Participó como facilitador en materia de «Lógica y Hermenéutica Jurídica», en el Programa Especial de Capacitación para la Regularización de la Titularidad de los Jueces (PET), en diferentes regiones del país. Ponente a nivel Nacional e Internacional en materia de Derecho y Justicia. Autor del Libro *Reflexiones Metodológicas y Epistemológicas en las Ciencias Sociales.*

«Es preciso, pues, remontarse al momento originario y controlar los filtros que, desde entonces, se han ido intercalando: la PALABRA, ahora, sigue siendo útil, porque es registro de la historia de las cosas, de la historia y estimación que esas cosas han merecido a sus usuarios. A sus usuarios, sujetos de esa historia, cosas igualmente historiables. ***Es preciso no olvidarlo****».*

ROMÁN REYEZ. *Las huellas de las palabras*, 1998, España.

Este escrito trata acerca de algo de tanta importancia y complejidad como lo es la Conducta Judicial, y esa aseveración la hago debido a que no es fácil hablar de ella sin dejar a un lado la ética y la moral como elementos constitutivos de la conducta de cualquier profesional, y en el caso de los funcionarios judiciales sean ellos jueces o juezas, fiscales, defensores, alguaciles, archivistas, personal de seguridad, además de los abogados en ejercicio, a los estudiantes de Derecho y a todo aquel funcionario público en general también les atañe e interesa.

Divido este ensayo en dos (2) partes. La primera referida a un breve Preámbulo contentivo de una serie de conceptos, definiciones e ideas fundamentales de introducción al corazón de la temática a tratar. Una segunda parte que presenta un parangón histórico en el Deber Ser de la Conducta Judicial desde tiempos antiguos, pasando por nuestra historia patria hasta nuestros días. Y, finalmente presentarles una Disquisición Final como idea conclusiva y determinante de lo que debe ser la Conducta Judicial.

I PARTE

Preámbulo

En toda sociedad democrática el Poder Judicial tiene como función ineludible el interpretar las leyes y dar solución a los casos y controversias en forma eficiente, determinante, sensible y con equidad.

Por ello la independencia judicial, la Administración de justicia y la confianza de la comunidad en sus jueces y juezas coadyuvan a robustecer y consolidar las bases democráticas de cualquier país, y en nuestro caso la República Bolivariana de Venezuela. De allí que, se requiere con mayor ahínco la promoción de estos principios y deseos como deberes importantísimos para el correcto ejercicio de las funciones adjudicativas de los responsables de impartir justicia.

Antes de insertarme en lo que representa la Conducta Judicial, sus requerimientos y recomendaciones, la ética y valores, y aquellos principios estandarizados a nivel internacional en esa materia, debemos pasearnos cognoscitivamente en algunos conceptos y teorías de vital connotación tales como: conducta, actitud, personalidad, responsabilidad, autoridad, auctoritas, poder, conducta individual, conducta colectiva, presencia, carácter, autoestima, motivación, entre otras no menos importantes.

Comenzaremos por señalar lo que se puede definir como **Ética.** Al respecto, se afirma: El contenido de la Ética es la moral. La Ética estudia los **deberes morales** del hombre, los cuales necesariamente requieren de los **valores morales** y de allí se infiere que toda norma se apoya en un valor.

Ahora, se debe recordar que toda **norma moral,** debe tener ciertas características que le dan cuerpo como tal, para Susana Contreras G. (2003), la norma moral:

a) No se encuentra contenida en ningún ordenamiento legal que prescriba su cumplimiento.

b) No es coercitiva, es decir, no trae aparejada sanción alguna.

c) No hay exigencia por parte del poder público para su cumplimiento, siendo cada persona quien la adopta, **consciente** de que toda norma moral se apoya en un valor de este tipo.

Y según Ferrater Mora (1984), se le puede usar en diferentes sentidos:

a) Como orden moral, es decir, la totalidad del deber moral.

b) Como estructura fundamental de ideas morales reconocidas por un individuo o un grupo.

c) Como **carácter,** forma o manera de ser.

¿Pero, a qué denominamos «deber moral»? Necesariamente debemos pensar en que para que exista un deber moral debe existir también un «valor moral», como ya antes afirmamos. Es decir, que el deber moral no es presionado u obligado por un agente externo o por el poder público para ser cumplido, es interior al hombre. Ello presupone que un valor «es un bien para el hombre», según así lo define Ángeles Martín C.

Entonces, ¿Qué es la moral? En forma amplia, está sustentada en principios morales inmutables y universales de lo que es «bueno o malo». Se es inmoral cuando se puede determinar si la conducta de un individuo se adapta o se aleja de la moral (si es bueno o malo). Se es **amoral**, cuando se puede establecer que un individuo **carece** de moral.

Por ello, y sustentado en la rigurosidad científica y epistemológica de lo que representa la ética en los individuos, en su actuar y proceder, es indudable que debe prevalecer el criterio ético ante cualquier circunstancia o situación que se presente y amerite aplicar los principios morales que correspondan, eso sí, cuidando no sean alterados los contenidos filosóficos universalmente aceptados de los **principios morales** (bueno o malo).

Pasemos a definir otro término obviamente esencial en esta conferencia: la **conducta.** Es aquella que se inicia desde la niñez del individuo, desde su medio ambiente, ya sea familiar y en general societal que lo rodea. Es permanente e identifica la personalidad del individuo como tal. Aquí estaríamos hablando de la **conducta individual.** Mientras, que cuando existe una conducta de grupo o de equipo en donde las acciones y conductas son asumidas globalmente, estaremos definiendo una conducta colectiva. Ejemplo: La huelga, las representaciones políticas o gremiales, entre otras.

La **Actitud** en cambio es la forma o característica del individuo ante situaciones o cosas, se sustenta en la experiencia y se traduce indefectiblemente en ciertos comportamientos, que en la mayoría de los casos son de «corta duración» y a diferencia de la conducta no son permanentes, es decir, son transitorios los comportamientos.

Hemos mencionado la **Personalidad**, ella representa un conjunto dinámico de características **emocionales**, de conducta y pensamiento que son únicas en cada individuo. Según Carl Rogers (1961), es la tendencia de las personas hacia su autorrealización, es un impulso sostenido o no del ser humano a desarrollar autoconceptos y/o imágenes que se ha

formado de sí mismo, considerándolas importantes debido a que promueven el desarrollo de su personalidad. Según Alfred Adler (1936), existen fuerzas que contribuyen a estimular un crecimiento positivo y a motivar el perfeccionamiento personal.

La **Responsabilidad** se define como aquella en la que un individuo toma decisiones conscientemente y acepta las consecuencias de sus actos, y rendir cuenta de ellos. Es en realidad, una virtud o disposición de conducta habitual para asumir las consecuencias de sus propias decisiones y dar respuesta de ellas ante alguien. En síntesis, la responsabilidad es la capacidad de dar respuesta a sus propios actos. Para ser responsable, deben existir dos (2) condiciones *sine quanon:* la **Libertad** y la **Ley**.

Si nos referimos a la **Autoridad**, debemos comenzar por establecer las características sanas, impolutas de la misma, en otras palabras la autoridad en el mejor sentido de su acepción. La **autoridad** si **consideramos** un concepto demasiado fuerte, es aquella que posee una persona como forma de poder para obligar a los demás a hacer determinadas acciones o cosas. Se habla de una relación muy sutil entre **autoridad** y **poder**, por ejemplo, un gobernante, un director o dirigente puede tener poder pero sin autoridad (los autócratas, los dictadores), por otro lado debe quedar bien claro que no se puede tener autoridad sin tener poder, en otras palabras se pierde el poder.

Otra definición importante y vinculada con la autoridad, lo es **Auctoritas**, y ella se explica y define como aquélla referida a una persona como un reconocimiento a su sapiencia y a su dominio sobre algún contexto de la realidad. Por ello, se habla de la auctoritas del sabio, del pensador, del científico, del filósofo, o de personas que se han destacado culturalmente. Para Manuel García Pelayo (1998):

> La Auctoritas se basa en el crédito que ofrece una persona o una institución por sus pasados logros, y por tanto, tiene como supuesto la confianza.

Mientras tanto que el **Poder** tiene diferentes significados o conceptos. Por ejemplo desde el punto de vista sociológico es: «la capacidad de elegir sobre resultados». El Poder, a diferencia de la Auctoritas, según García Pelayo: «... en cambio, tiene como supuesto la desconfianza, la fiscalización, el control y la disposición de medios capaces de allanar la contraria disposición ajena». Desde el orden político, éste puede ser:

a) **Poder Constituyente:** aquel establecido constitucionalmente, que puede elaborar una nueva Constitución, reformarla o enmendarla.

b) **Poder Público:** En principio, es una actividad del Estado. Es la capacidad que posee el Estado para obligar a alguien a realizar un acto determinado. Es también el conjunto de órganos e instituciones del Estado.

Montesquieu (1748), fue quien estableció por primera vez tres poderes del Estado, los cuales tenían como cualidad fundamental el ser independientes: Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Sin intención de obviar la importancia de lo que representan los poderes Legislativo y Ejecutivo, pero, para efectos de esta conferencia consideraremos el Poder Judicial.

El Poder Judicial se define como aquel que está encargado de la aplicación de las normas jurídicas en la resolución de conflictos. El Poder Judicial está estructurado en el conjunto de órganos judiciales o jurisdiccionales: juzgados y tribunales.

Otra expresión de suma importancia a los efectos de la conducta judicial, es el de la **Presencia.** Esta se puede identificar con la «imagen» de la persona; nada es más importante que nuestra **presencia** personal, hecha manifiestamente pública, es decir, cómo te ves a ti mismo en relación con los demás representa en realidad un buen reflejo de autoestima.

El tener presencia personal es una vía para el éxito, de allí que algunos autores enumeren por lo menos siete (7), por ejemplo:

1. Poseer buena **actitud** o disposición (para sonreír, hablar menos y escuchar más, evitar chismes y las críticas, ser amable siempre, reconocer las virtudes ajenas, ser agradecido, ser positivo);
2. Ser **inteligente emocionalmente**, ser proactivo, (Tener dominio propio y control de su carácter);
3. Ser **interesado** más que «interesante». **Interesado** porque debe: escuchar a los demás, aprender de los demás para mejorar, descubrir los valores y necesidades de los otros, aceptar la competencia, ser un buen negociador «Yo gano, tú ganas, todos

ganamos», ser humilde, no «pisotear» o ridiculizar a los demás en el camino al logro de sus objetivos, entre otras acciones.

4. **Resolver problemas,** cuando se adquiere esta capacidad es necesario saber si es «causa» o es «efecto» ante la vida y sus circunstancias en sus relaciones con otras personas. Ser responsable, en síntesis.
5. **Hacer buen uso de las palabras a utilizar.**
   Se ha determinado que nuestra comunicación depende de un 55% de nuestro **lenguaje verbal,** 38% de nuestro **tono** de voz y un 7% de **nuestras palabras**. Es decir, que a estos efectos nos estaremos refiriendo a cómo decimos nuestras palabras y las responsabilidades que éllas puedan generar sobre los demás, en general son tres (3):
   a. Lo que decimos;
   b. Cómo lo decimos; y
   c. Las consecuencias de lo que se dice.
6. La **puntualidad.** Las personas de éxito, de adecuada presencia personal, son indefectiblemente puntuales. Ella señala el orden en que una persona vive y sobre todo el respeto que tiene por las personas con quien se relaciona.
7. El **cuidado personal.** Como ya antes fue referido, la manera en cómo se cuida la imagen personal determina el nivel de autoestima de una persona, de su propia vida en relación con los demás. Aquí hemos de mencionar nuevamente unas cifras porcentuales: el 60% de las personas que nos ven se **fijan** en «nuestro atuendo personal» (Imagen visual: aspecto general, aseo, lenguaje corporal o no verbal y el porte); un 33% perciben lo **auditivo** (tono, cadencia y el timbre de voz) y un 7% corresponde al **discurso** («palabras que decimos»).

Para hacer un parangón con lo antes mencionado, específicamente, con la expresión presencia, pudiésemos señalar que ésta se puede identificar con el «**carácter** o forma de ser» de los individuos como explicación de uno de los sentidos de la «ética», antes mencionados. Para Susana Contreras García (2002):

> Tener carácter significa tener cordura, control de sí mismo, equilibrio, vivir bajo principios y no dejarse dominar por sentimientos o arrebatos. En otros términos, significa aplicar los principios haciendo uso de la razón, evitando actuar conforme a las emociones o los impulsos derivados del temperamento. En ese sentido cabe recordar que el temperamento puede heredarse, en cambio el carácter se va formando día a día.

Por cierto, la autora citada, diferencia esa expresión de otra, por ejemplo cuando equívocamente se dice que: «ese individuo tiene carácter», con un significado sustentado en **el mantenimiento de una actitud autoritaria, áspera y dura.**

II. PARTE

Lo Histórico en el Deber ser de la Conducta Judicial

Hasta ahora, hemos mencionado en forma general algunos aspectos o normas mínimas de conducta que deben poseer quienes tienen la responsabilidad de impartir justicia, con la disposición para el desempeño de sus cargos judiciales dentro de la estructura para la reglamentación de una adecuada conducta judicial como requisito fundamental de la vida democrática.

Antes de entrar en la enunciación de cánones de conducta judicial que deben privar a nivel de la actuación de los jueces y juezas, es menester señalar un aspecto histórico y fundamental planteado como germen de lo que debe ser la **conducta judicial.**

Ya en la **Biblia,** (y hago aquí la acotación de no querer caer en profundidades y sesgos de orden religioso), les presento como referencia lo señalado en el libro del Éxodo, capítulo 18, versículos 21 y 22, en donde se pueden apreciar elementos importantes acerca de la conducta judicial, más específicamente de la figura del Juez, en ese pasaje bíblico, se recoge el consejo que recibió **Moisés** de su suegro **Jetro** (todo ello dentro de un contexto de liderazgo de esa época), esa conseja fue:

> Escoge tú de entre todo el pueblo varones de virtud, temerosos de Dios, varones de verdad que aborrezcan la avaricia, y ponlos sobre el pueblo por jefes de millares, de centenas, de cincuentenas y de diez. Ellos juzgarán al pueblo en todo el tiempo, y todo asunto grave lo traerán a ti, y ellos juzgarán

todo asunto pequeño. Así aliviarás la carga de sobre ti, y la llevará ellos consigo» (Subrayado nuestro)

De la cita anterior se puede leer entre líneas, lo antes mencionado, no sólo en cuanto a la necesidad de la conducta de las personas a elegir sino también a la importancia de las consecuencias beneficiosas de esa elección en términos de liderazgo y ejercicio de impartir y administrar justicia.

Y, cuando hemos de referirnos al Derecho Romano, no podemos descartar la formación de las XII Tablas. Las cuales, entre los años 450 a. de J.C. y 306 de la era Romana. Que fueron escritas sobre bronce y se constituyeron en código jurídico, primitivo, pero que contienen preceptos de todas las ramas jurídicas. Como muestra importante y afectos de interés de esta conferencia en lo referido a la conducta judicial, es de mencionar lo establecido en la Tabla X:

Tabla X
De Delictus publicis (De los delitos públicos)

Con la pena capital se castiga el parricidio, el perduellio y la prevaricación del juez e incluso las algaradas nocturnas (...).

Ciertamente, como se evidencia en lo antes citado, junto al perduellio («Delito de alta traición al Estado»), la pena por cometer prevaricación («Juez que falla a sabiendas, o por ignorancia inexcusable, contra la ley o justicia») es de un altísimo tenor, lo cual nos impulsa a reflexionar acerca de la importancia que en ese contexto histórico tenía la conducta que debía asumir un juez en sus acciones de administración de la justicia.

Podríamos analizar las ideas medievales del Derecho siguiendo a Manuel García Pelayo. Por ejemplo, esa época en donde los juristas, y en general los magistrados o jueces surgen de la renovación del Derecho Romano, dan pie a la *profesión* del **jurista** con unos conocimientos muy especiales y con dedicación exclusiva o principal y permanente de la persona. Al respecto, García Pelayo, en cuanto a la conducta, personalidad, auctoritas y conocimientos de los juristas de la Edad Media, señala que:

Es interesante llamar la atención sobre otro fenómeno vinculado a la aplicación de un Derecho científico y a la correspondiente formación del estamento facultativo del jurista, fenómeno que cabe, quizá, considerar como uno de los orígenes remotos de la «independencia del poder judicial» (...). Los juristas

> no solamente toman a su cargo la aplicación del Derecho, sino que pretenden monopolizarla incluso frente al rey en su carácter de juez originario. Es cierto que en la praxis la función judicial era cada vez menos ejercida efectivamente por el monarca.

Debemos estar contestes en que el origen de esa iniciativa en cuanto a la conducta judicial, sus conocimientos, actitudes, personalidad y responsabilidades éticas y morales, ha sido motivo de preocupación de muchos líderes en la humanidad. Uno de esos insignes ciudadanos ha sido nuestro Libertador Simón Bolívar, para quien la «Justicia es la primera necesidad del Estado».

Entre las lecciones de lo que para el Libertador representaba la justicia personal, nos dejó lo relacionado con los derechos que sobre bienes de su patrimonio privado debía solicitar ante los jueces, y con todo el poder político que detentaba, escribió a su hermana **María Antonia** lo siguiente:

> Yo no le escribiré a ningún Juez sobre el pleito... por más que tú te empeñes. No quiero exceder el límite de mis derechos, que, por lo mismo que mi situación es elevada, aquellos son más estrechos. La suerte me ha colocado en el ápice del poder, pero no quiero tener otros derechos que los del simple ciudadano. Que se haga justicia y que ésta se me imparta si la tengo. Si no la tengo recibiré tranquilo el fallo de los Tribunales... (Lima, abril de 1825).

Para Simón Bolívar, en su obra política el papel de los jueces debía circunscribirse en una misión fundamental: *la defensa de la libertad civil de los ciudadanos*. Por eso esgrimía que en toda sociedad, en los Estados modernos, debe exigirse un Cuerpo de Jueces que deben tener como tarea connotante la *preservación y el restablecimiento de la libertad*. Es indudable que el origen de la teoría de la administración de justicia del Libertador en su teoría política deviene del **barón de Montesquieu** (*El Espíritu de las Leyes*), de quien fue un vehemente lector y estudioso de sus obras. Sólo que adaptándola a las realidades de América (Tomás Polanco Alcántara, s/f).

Según Simón Bolívar, entre las condiciones que un juez debía poseer para ejercer tan importante cargo, estaban: 1) la **Edad**, 2) la **Preparación**, 3) la **Probidad**, 4) la **Efectividad en el Trabajo** y 5) la **Independencia** del Juez.

En cuanto a la **Edad**: El Libertador asumía que para ser juez del Tribunal Supremo la persona debía tener un mínimo de edad oscilante entre los 30 y los 35 años, y para los otros jueces mínimo 25 años. Con ello

estaba fijando que para ser juez se debía tener un según Tomás Polanco Alcántara (s/f): «un minimun de experiencia humana para poder ejercer sus funciones con debida propiedad».

En lo referente a la **Preparación:** exigía que los jueces debían poseer la preparación técnica suficiente que les permita conocer profundamente las leyes que deban aplicar. Le horrorizaban los jueces ignorantes. Exige por lo tanto como condición para ser juez ser abogado conocedor del Derecho. En varios documentos, tales como en su Manifiesto a la Convención de Ocaña, en el decreto del 6 de octubre de 1817, en el Proyecto de Angostura, para la Corte Suprema de Justicia en el Proyecto de Bolivia y en el Decreto Orgánico sobre Tribunales de la República del 17 de diciembre de 1828 (Tomás Polanco Alcántara, s/f).

Y al manifestar acerca de la Probidad: El Libertador durante toda su vida estuvo siempre de acuerdo en exigir a los ciudadanos en ejercicio de funciones públicas el de ser cuidadosamente probos, en otras palabras tener esa característica ética fundamental sobre todo en los jueces. En el Proyecto constitucional de Angostura, en sus bases, determina que la idea de probidad de un ciudadano estaría delimitada por una:

> conducta adecuada en la educación de los hijos y la práctica del amor a la Patria, a la libertad, a la virtud y al trabajo (...) En comunicación a Don José Torres encargándole la organización de la Provincia de Jauja, le ordena que ponga Jueces «de buena moral y acreditado patriotismo» (Tomás Polanco Alcántara, s/f).

En lo atinente a la **Efectividad en el Trabajo:** en la mayoría de sus proclamas y normas legislativas siempre estuvo la exigencia a los jueces acerca de una constante labor en el cumplimiento de los cargos para los cuales fueron establecidos. Al respecto, en el decreto de 1928, señaló a la Alta Corte de Justicia que debía: «supervigilar las operaciones de los Tribunales superiores e inferiores para hacer cumplir con sus respectivos deberes a cada uno de ellos».

Por último, en lo relativo a la Independencia del Juez: El Libertador consideraba que el «Juez, como cualquier ciudadano, debe responder por su conducta y estar sometido al dictamen, no de otro Poder, sino de otro Juez que apreciará y juzgará su conducta» (Tomás Polanco Alcántara, s/f).

Un ejemplo que podemos resaltar es el: **«Decreto de 31 de mayo de 1824 sobre la responsabilidad en los cargos públicos».** Decreto según Gaceta del Gobierno de Perú, Lima. T.H./ Reprod. En Bolívar, *Simón, Bolívar en el Perú* (Caracas: Archivo General de la Nación 1971, pp. 95-101). Dicho Decreto textualmente señala lo siguiente:

Simón Bolívar
Libertador Presidente de Colombia
Encargado del Poder Dictatorial de la República del Perú, &., &., &.

CONSIDERANDO:

I. Que nada contribuye más a la recta administración de justicia, y al exacto desempeño de las obligaciones de los demás funcionarios públicos, como el que se haga efectiva la responsabilidad a que están sujetos, cuando faltan a ellas:

II. Que la Constitución política de la República exige un decreto particular que explique los casos y formas respectivas a esta responsabilidad que supone en varios artículos:

III. Que mientras el Congreso decreta la ley reglamentaria sobre esta importante materia, se perjudicaría la causa pública, y sufrirían agravios los particulares por falta de un decreto, que provisionalmente puede evitar estos perjuicios, incompatibles con la confianza que me ha hecho la nación.

He venido en decretar y

DECRETO:

Artículo I. Prevarican de su oficio los jueces que, a sabiendas juzgan contra derecho, por afecto o desafecto a alguno de los litigantes u otras personas.

Artículo II. Cualquier magistrado o juez que cometa este delito, será privado de su empleo, e inhabilitado para obtener cargo alguno; y pagará a la parte agraviada todas las costas y perjuicios. Si la prevaricación fuese en causa criminal, sufrirá además la misma pena que injustamente impuso al procesado.

Artículo III. El magistrado o juez que juzgase contra derecho, a sabiendas, por soborno o cohecho, esto es porque a él, o a su familia se le haya dado o prometido alguna cosa, bien dinero, y otros efectos, o esperanzas de mejor fortuna, además de las penas prescritas en el artículo anterior, sufrirá la de

ser declarado infame, y pagar lo recibido con el cuatrotanto, dos para los establecimientos públicos de instrucción, y dos para el denunciante.

Artículo IV. El magistrado o juez que por sí, o por su familia, a sabiendas, por soborno o cohecho, esto es, porque a él, o a su familia, se le haya dado o prometido alguna cosa, bien dinero, u otros efectos, o esperanzas de mejor fortuna, además de las penas prescritas en el artículo anterior, sufrirá la de ser declarado infame, y pagar lo recibido con el cuatrotanto, dos para los establecimientos públicos de instrucción, y dos para el denunciante.

Artículo V. El magistrado o juez que seduzca a mujer que litiga, o que es acusada ante él o citada como testigo sufrirá por este hecho la misma pena de privación de empleo, e inhabilitación para volver a ejercer la judicatura, sin perjuicio de cualquier otra, que como particular merezca por su delito. Pero si sedujese o solicitare a mujer que se halle presa, quedará además incapaz de obtener oficio, ni cargo alguno.

Artículo VI. El magistrado o juez, que fuese convenido de irreligiosidad, incontinencia pública, o de embriaguez repetida, o de inmoralidad escandalosa por cualquier otro concepto, o de reconocida ineptitud, o desidia habitual en el desempeño de sus funciones, perderá el empleo, y no podrá volver a administrar justicia, sin perjuicio de las demás penas, a que como particular le sujeten sus excesos.

Artículo VII. El magistrado o juez, que por falta de instrucción o descuido falle contra ley expresa, y el que por contravenir a las leyes arreglando el proceso, dé lugar a que el que haya formado, se reponga por el tribunal superior competente, pagará todas las costas y perjuicios; y será privado de empleo y sueldo por un año. Si reincidiese, sufrirá, y será privado de empleo, e inhabilitado para volver a ejercer la judicatura.

Artículo VIII. La imposición de estas penas, en sus respectivos casos, acompañará precisamente a la revocación de la sentencia de primera instancia dada contra ley expresa; y se ejecutará irremisiblemente desde luego, sin perjuicio de que después se oiga al magistrado o al juez por lo que a él le toca, si reclamase.

Artículo IX. Cuando se revoque en tercera instancia algún fallo en segunda contra ley expresa deberá remitirse inmediatamente un testimonio circunstanciado al gobierno, para que este disponga, cómo se han de imponer las penas referidas a los magistrados que hayan incurrido en ellas, a causa de no estar establecida la Corte Suprema de Justicia.

Artículo X. También se aplicarán las propias penas respectivamente en el mismo acto en que se declarare nulo, y se mande reponer el proceso, según la disposición que en tales casos adoptare el Gobierno por falta de tribunal supremo, a quien la Constitución corresponde conocer de los recursos de nulidad.

Artículo XI. Las cortes superiores y los jueces son responsables de las faltas que cometan en el servicio sus respectivos inferiores y subalternos, si por omisión o tolerancia diesen lugar a ellas, o dejasen de poner inmediatamente para corregirlos el oportuno remedio.

Artículo XII. La corte superior que haya reprendido o corregido dos veces, a un juez inferior por sus abusos, lentitud, o desaciertos, no lo hará por tercera, sino mandando al mismo tiempo, que se le forme la correspondiente causa para suspenderlo o separarlo, si lo mereciese. Pero también cuidarán las cortes superiores de no incomodar a los jueces inferiores con multas, apercibimientos, ni otras condenas, por errores de opinión en casos dudosos, no por leves y excusables descuidos; les tratarán con el decoro que merece su empleo, y les oirán en justicia, suspendiendo la represión o corrección que así les interpongan, siempre que representen sobre ellos.

Artículo XIII. Por regla general, aunque un juicio, que ha tenido todas las instancias que le corresponden por la ley, debe considerarse irrevocablemente fenecido por la última sentencia, a menos que interpuesto el recurso de nulidad, se mande a reponer el proceso; los agraviados tendrán siempre expedita su acción para acusar al magistrado o juez que haya contravenido a las obligaciones de su cargo; y en este nuevo juicio no se tratará de abrir el anterior, sino únicamente de calificar, si es, o no, cierto el delito del juez o magistrado, para imponerle la pena que merezca.

Artículo XIV. Los magistrados y jueces, cuando cometan alguno de los delitos de que tratan los seis primeros artículos, podrán ser acusados por cualquiera del Pueblo, a quien la ley no prohíbe este derecho. En los demás casos no podrán acusarles, sino las partes agraviadas y los fiscales.

Artículo XV. No estando establecida la Suprema Corte de Justicia ante quien deben ser acusados los magistrados de las cortes superiores por los delitos relativos al desempeño de su oficio; lo serán ante el gobierno, para que este disponga en su caso, cómo ha de verificarse el juicio.

Artículo XVI. Los jueces de derecho, a los que, por falta de éstos conocieron en primera instancia, serán acusados y juzgados por los referidos delitos ante las cortes superiores de su territorio. El magistrado más antiguo instruirá el sumario y las demás actuaciones del plenario.

Artículo XVII. Cuando se forme causa a un magistrado de una corte superior, o a un juez de primera instancia, el acusado no podrá estar en el pueblo en que se practique la sumaria, ni a seis leguas en contorno.

Artículo XVIII. Se dará cuenta al Gobierno de las causas que se formen contra magistrados y jueces, y de la provincia de suspensión siempre que recaiga.

Artículo XIX. Los demás funcionarios públicos de cualquiera clase que como tales y a sabiendas abusen de su oficio para perjudicar a la causa pública, o

a los particulares, son también prevaricadores y se les castigará con la destitución de su empleo, inhabilitación para obtener cargo alguno, y resarcimiento de todos los perjuicios, quedando además sujetos a cualesquiera otras penas mayores que les estén impuestas por las leyes especiales en su ramo.

Artículo XX. Si el funcionario público prevaricase por soborno, o por cohecho en la forma prevenida con respecto a los jueces, será castigado como éstos.

Artículo XXI. El funcionario público que por descuido o ineptitud use mal de su oficio, será privado del empleo, y resarcirá los perjuicios que haya causado, quedando además sujeto a las otras penas que les estén impuestas por las leyes de su ramo.

Artículo XXII. Los funcionarios públicos de todas las clases serán también responsables de las faltas que cometan en el servicio sus respectivos subalternos, si por omisión o tolerancia diesen lugar a ellas, o dejasen de poner inmediatamente para corregirlos el oportuno remedio.

Artículo XXIII. La lentitud o debilidad en cumplir y hacer cumplir las leyes, los decretos y órdenes del gobierno, será castigada como una declarada desobediencia a éste.

Artículo XXIV. Los funcionarios públicos de las demás clases serán acusados o denunciados por los propios delitos ante sus respectivos superiores, o ante el Gobierno, o ante los jueces competentes de primera instancia. Pero si hubiese de formárseles causa, juzgados por éstos, y por los tribunales a que corresponda el conocimiento en segunda y tercera instancia.

Artículo XXV. Cuando se forme causa a algún Prefecto, Intendente o Gobernador, el acusado no podrá estar en el pueblo en que se practique la información sumaria, ni a seis leguas en contorno.

Artículo XXVI. Cuando el Gobierno reciba acusaciones o quejas contra funcionarios públicos, que pueden suspenderse libremente, o removerse sin necesidad de un formal juicio, tomará por sí todas las providencias convenientes, para evitar y corregir los abusos, a fin de que no permanezcan en sus destinos los que no merezcan ocuparlos, y para no promover a otro empleo los que hayan servido mal los anteriores.

Artículo XXVII. Cualquiera que tenga que quejarse ante el Gobierno, ante las cortes superiores de justicia contra algún Prefecto, Intendente, Gobernador, u otro cualquiera empleado, podrá acudir ante el juez letrado del partido, o ante el alcalde del lugar que corresponda, para que se le admita información sumaria de los hechos en que funde su agravio; y el juez o alcalde deberán admitirla inmediatamente bajo la más estrecha responsabilidad, quedando al interesado expedito su derecho para apelar a la corte superior del territorio por la resistencia, morosidad, contemplación, y otro defecto que experimente en este punto.

Artículo XXVIII. Los empleados públicos de cualquiera clase cuando cometan alguno de los delitos que especifica el artículo 6to., podrán ser acusados por cualquiera que según la ley no le sea prohibido este derecho.

Imprímase, publíquese, y circúlese. Dado en el Cuartel General de Carás a 31 de Mayo de 1824, 3°. de la República.

Simón Bolívar
Por orden de S.E., José Sánchez Carrión

Prosiguiendo con el devenir histórico, en nuestros tiempos, a nivel internacional se plantean una serie de principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los cuales fueron denominados como «valores» establecidos en la India (Bangalore), específicamente los **«Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial»**, los cuales se originan con la intención de: «...establecer estándares para la conducta ética de los jueces. Están formulados para servir de guía a los jueces y para proporcionar a la judicatura un marco que regule la conducta judicial».

Entre otros aspectos resaltan estos Principios de Conducta Judicial:

... principios que presuponen que los jueces son responsables de su conducta frente a las instituciones correspondientes establecidas para mantener los estándares judiciales, que dichas instituciones son independientes e imparciales y que tienen como objetivo complementar y no derogar las normas legales y de conducta existentes que vinculan a los jueces.

Sustentación y fortalecimiento de los principios básicos de la Conducta Judicial de Bangalore:

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas señala que:

Recordando la Carta de las Naciones Unidas, en la que los Estados Miembros afirman, entre otras cosas, su resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia para realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, sin discriminación alguna,

Recordando también la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consagra en particular los principios de igualdad ante la ley y de presunción de inocencia, y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,

Recordando además el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan el ejercicio de esos derechos, y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza además el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas,

Recordando la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que, en su artículo 11 obliga a los Estados Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, a adoptar medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial, incluidas normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial,

Convencido de que la corrupción de los miembros del sistema judicial socava el principio de legalidad y afecta a la confianza pública en el sistema judicial,

Convencido también de que la integridad, independencia e imparcialidad de la judicatura son requisitos previos esenciales para la protección efectiva de los derechos humanos y el desarrollo económico.

Permitieron así establecer y proponer los:

Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial

El establecimiento de esos principios se basó en las siguientes consideraciones:

«CONSIDERANDO que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce como fundamental el principio de que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal,

CONSIDERANDO que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza que todas las personas son iguales ante los tribunales y que toda persona tendrá derecho a ser oída con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil,

CONSIDERANDO que los anteriores principios y derechos fundamentales están también reconocidos o reflejados en los instrumentos regionales sobre derechos humanos, en las constituciones, leyes y reglamentos nacionales y en las convenciones y tradiciones judiciales,

CONSIDERANDO que la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos una judicatura competente independiente e imparcial, adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia,

CONSIDERANDO que una judicatura competente, independiente e imparcial es igualmente esencial si los tribunales han de desempeñar su papel de defensores del constitucionalismo y del principio de legalidad,

CONSIDERANDO que la confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna,

CONSIDERANDO que es esencial que los jueces, tanto individualmente como de forma colectiva, respeten y honren las funciones jurisdiccionales como una encomienda pública y luchen para aumentar y mantener la confianza en el sistema judicial,

CONSIDERANDO que la judicatura es la responsable en cada país de promover y mantener los altos estándares de la conducta judicial.

Los PRINCIPIOS, que fueron determinados y clasificados en **Valores,** *pretenden establecer estándares para la conducta ética de los jueces.* Están formulados para servir de guía a los jueces y para proporcionar a la judicatura un marco que regule la conducta judicial. Asimismo, pretenden ayudar a que los miembros del ejecutivo y el legislativo, los abogados y el público en general puedan comprender y apoyar mejor a la judicatura. *Estos principios presuponen que los jueces son responsables de su conducta frente a las instituciones correspondientes establecidas para mantener los estándares judiciales, que dichas instituciones son independientes e imparciales y que tienen como objetivo complementar y no derogar las normas legales y de conducta existentes que vinculan a los jueces.*

Valor 1. **Independencia**

Principio

La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo.

En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales.

Aplicación

1.1. Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón.

1.2. Un juez deberá ser independiente en relación con la sociedad en general y en relación con las partes particulares de una controversia que deba resolver como juez.

1.3. Un juez no sólo estará libre de conexiones inapropiadas con los poderes ejecutivo y legislativo y de influencias inapropiadas por parte de los citados poderes, sino que también deberá tener apariencia de ser libre de las anteriores a los ojos de un observador razonable.

1.4. Al cumplir sus obligaciones judiciales, un juez será independiente de sus compañeros de oficio con respecto a decisiones que esté obligado a tomar de forma independiente.

1.5. Un juez deberá fomentar y mantener salvaguardas para el cumplimiento de sus obligaciones judiciales, con el fin de mantener y aumentar la independencia de la judicatura.

1.6. Un juez exhibirá y promoverá altos estándares de conducta judicial, con el fin de reforzar la confianza del público en la judicatura, que es fundamental para mantener la independencia judicial.

Valor 2. **Imparcialidad**

Principio

La imparcialidad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. La imparcialidad se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión.

Aplicación

2.1. Un juez deberá desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición o prejuicio.

2.2. Un juez garantizará que su conducta, tanto fuera como dentro de los tribunales, mantiene y aumenta la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del juez y de la judicatura.

2.3. Un juez deberá, dentro de lo razonable, comportarse de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que el juez sea descalificado para conocer de, o decidir sobre asuntos.

2.4. Cuando un proceso está sometido o pueda estar sometido a un juez, el juez no realizará intencionadamente ningún comentario que pueda esperarse razonablemente que afecte al resultado de tal proceso y que deteriore la imparcialidad manifiesta del proceso. El juez tampoco hará ningún comentario en público o de cualquier otra forma, que pueda afectar al juicio justo de una persona o asunto.

2.5. Un juez se descalificará de participar en cualquier proceso en el que no pueda decidir el asunto en cuestión de forma imparcial o en el que pueda parecer a un observador razonable que el juez es incapaz de decidir el asunto imparcialmente. Los citados procesos incluirán, sin ánimo de exhaustividad, situaciones en las que:

a) El juez tenga realmente predisposición o prejuicios para con una parte o posea conocimientos personales sobre los hechos probatorios controvertidos relativos al proceso;

b) El juez haya actuado previamente como abogado o como testigo material en el asunto controvertido; o

c) El juez, o algún miembro de su familia, tenga un interés económico en el resultado del asunto sujeto a controversia; lo anterior teniendo en cuenta que no será necesaria la descalificación de un juez si no puede constituirse otro tribunal para conocer del caso o cuando, por circunstancias urgentes, la no participación del juez puede producir una denegación de justicia grave.

Valor 3. Integridad

Principio

La integridad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales.

Aplicación

3.1. Un juez deberá asegurarse de que su conducta está por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable.

3.2. El comportamiento y la conducta de un juez deberán reafirmar la confianza del público en la integridad de la judicatura. No sólo debe impartirse justicia; también ha de verse cómo se imparte.

Valor 4. Corrección

Principio

La corrección y la apariencia de corrección son esenciales para el desempeño de todas las actividades de un juez.

Aplicación

4.1. Un juez evitará la incorrección y la apariencia de incorrección en todas sus actividades.

4.2. Como objeto de un constante escrutinio público, un juez deberá aceptar restricciones personales que puedan ser consideradas una carga para los ciudadanos ordinarios y lo deberá hacer libremente y de forma voluntaria. Particularmente, un juez se comportará de forma consecuente con la dignidad de las funciones jurisdiccionales.

4.3. Un juez, en sus relaciones personales con miembros individuales de la abogacía que practiquen su trabajo regularmente en su sala de audiencias, evitará situaciones que puedan levantar sospechas razonables o tener apariencia de favoritismo o parcialidad.

4.4. Un juez no participará en la resolución de un caso en el que un miembro de su familia represente a un litigante o esté asociado de cualquier forma con el caso.

4.5. Un juez evitará que utilice su residencia un miembro de la abogacía, para recibir clientes u otros miembros de la abogacía.

4.6. Un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura.

4.7. Un juez deberá informarse sobre sus intereses personales y fiduciario-financieros y hará esfuerzos razonables para informarse sobre los intereses financieros de los miembros de su familia.

4.8. Un juez no permitirá que su familia, sus relaciones sociales o de otro tipo influyan incorrectamente en la conducta judicial del juez y en su criterio como juez.

4.9. Un juez no utilizará o prestará el prestigio de las funciones jurisdiccionales para ayudar a sus intereses privados, a los de un miembro de su familia o a los de cualquier otra persona; asimismo, un juez tampoco dará ni permitirá a otros que den la impresión de que nadie está en situación de influir en el juez de forma incorrecta cuando desempeña sus obligaciones judiciales.

4.10. La información confidencial obtenida por un juez en el ejercicio de sus competencias judiciales no será utilizada o revelada por el juez para ningún otro propósito no relacionado con el ejercicio de sus competencias judiciales.

4.11. Sujeto al desempeño correcto de sus obligaciones judiciales, un juez podrá:

a) Escribir, dar conferencias, enseñar y participar en actividades relacionadas con la ley, el sistema legal, la administración de justicia y asuntos conexos;

b) Aparecer en una audiencia pública de un cuerpo oficial encargado de asuntos relacionados con la ley, el sistema legal, la administración de justicia o asuntos conexos;

c) Servir como miembro de cualquier cuerpo oficial, o de otras comisiones, comités o cuerpos asesores, si tal condición de miembro no es inconsecuente con la imparcialidad percibida y con la neutralidad política de un juez; o

d) Participar en otras actividades si las citadas actividades no desvirtúan la dignidad de las funciones jurisdiccionales o interfieren de cualquier otra forma en el desempeño de las obligaciones judiciales.

4.12. Un juez no ejercerá la abogacía mientras desempeñe funciones jurisdiccionales.

4.13. Un juez podrá formar o unirse a asociaciones de jueces o participar en otras organizaciones que representen los intereses de los jueces.

4.14. Un juez y los miembros de su familia no pedirán ni aceptarán ningún regalo, legado, préstamo o favor en relación con cualquier cosa que el juez haya hecho o deba hacer u omitir con respecto al desempeño de las obligaciones judiciales.

4.15. Un juez no permitirá intencionadamente al personal de los tribunales o a otras personas sobre las cuales el juez pueda tener influencia, dirección o autoridad, que pidan o acepten ningún regalo, legado, préstamo o favor en relación con cualquier cosa hecha, por hacer o por omitir en relación con sus obligaciones o tareas.

4.16. De acuerdo con la ley y con todos los requisitos legales sobre revelación pública, un juez podrá recibir un pequeño regalo, premio o beneficio simbólicos que sean apropiados para la ocasión en que se hayan hecho, siempre que no pueda percibirse de forma razonable que tal regalo, premio o beneficio se entrega para pretender influir en el juez durante el desempeño de sus obligaciones judiciales o que pueda tener de cualquier otra forma una apariencia de parcialidad.

Valor 5. Igualdad

Principio

Garantizar la igualdad de tratamiento de todos ante un tribunal es esencial para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales.

Aplicación

5.1 Un juez se esforzará para ser consciente de, y para entender la diversidad de la sociedad y las diferencias provenientes de varias

fuentes, incluidas sin ánimo de exhaustividad, la raza, el color, el sexo, la religión, el origen nacional, la casta, las minusvalías, la edad, el estado civil, la orientación sexual, el nivel social y económico y otras causas similares («motivos irrelevantes»).

5.2. Durante el desempeño de sus obligaciones judiciales, un juez no manifestará predisposición o prejuicios hacia ninguna persona o grupo por motivos irrelevantes.

5.3 Un juez cumplirá sus obligaciones judiciales con la apropiada consideración para todas las personas, como por ejemplo, las partes, los testigos, los abogados, el personal del tribunal y los otros jueces, sin diferenciación por ningún motivo irrelevante y sin que afecte al correcto cumplimiento de las citadas obligaciones.

5.4. Un juez no permitirá intencionadamente al personal de los tribunales o a otras personas sobre las cuales el juez pueda tener influencia, dirección o control, que hagan diferencias entre las personas implicadas en un asunto sometido a la decisión del juez, basándose en motivos irrelevantes.

5.5. Un juez pedirá a los abogados que actúan en procesos judiciales que se abstengan de manifestar, mediante palabras o conducta, predisposición o prejuicios basados en motivos irrelevantes, excepto cuando sean legalmente legítimo de la abogacía, relevantes para un asunto procesal y puedan ser objeto del ejercicio.

Valor 6. **Competencia y diligencia**

Principio

La competencia y la diligencia son requisitos previos para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales.

Aplicación

6.1. Las obligaciones judiciales de un juez primarán sobre todas sus demás actividades.

6.2. Un juez dedicará su actividad profesional a las obligaciones judiciales, que no sólo incluyen el desempeño de obligaciones judiciales

en el tribunal y la pronunciación de resoluciones, sino también otras tareas relevantes para las funciones jurisdiccionales o las operaciones de los tribunales.

6.3. Un juez dará los pasos razonables para mantener y aumentar sus conocimientos, habilidades y cualidades personales necesarias para el correcto desempeño de las obligaciones judiciales, aprovechando para ese fin los cursos y facilidades que puedan estar a disposición de los jueces, bajo control judicial.

6.4. Un juez se mantendrá informado sobre los cambios relevantes en el derecho internacional, incluidos los convenios internacionales y los otros instrumentos que establezcan normas de derechos humanos.

6.5. Un juez desempeñará todas sus obligaciones judiciales, incluida la emisión de decisiones reservadas, de forma eficaz, justa y con una rapidez razonable.

6.6. Un juez mantendrá el orden y el decoro en todos los procesos en que participe y será paciente, digno y cortés con los litigantes, los jurados, los testigos, los abogados y las otras personas con que trate en su capacidad oficial. El juez exigirá una conducta similar de los representantes legales, del personal del tribunal y de las otras personas sujetas a la influencia, la dirección o el control del juez.

6.7. Un juez no exhibirá conductas incompatibles con el desempeño diligente de las obligaciones judiciales.

Aplicación

Debido a la naturaleza de las funciones jurisdiccionales, las judicaturas nacionales adoptarán medidas efectivas para proporcionar mecanismos de aplicación de estos principios, si es que los citados mecanismos todavía no existen en sus jurisdicciones.

Definiciones vinculadas con la aplicación y desempeño de las funciones jurisdiccionales:

En esta declaración de principios y a menos que el contexto permita o exija algo distinto, se atribuirán los siguientes significados a los términos utilizados, tales como:

a) «Personal de los tribunales» incluye los empleados personales del juez, y entre ellos los asistentes judiciales del tribunal.

«Juez» significa toda persona que ejerce el poder judicial, sea designado con el nombre que fuere.

b) «Familia del juez» incluye el cónyuge del juez, sus hijos, hijas, yernos, nueras y cualquier otro pariente cercano o persona que sea compañero o empleado del juez y que viva en la unidad familiar del juez.

c) «Cónyuge del juez» incluye una pareja privada del juez o cualquier otra persona de cualquier sexo que tenga una relación personal íntima con el juez.

Cánones éticos de una adecuada conducta judicial:

Uno de los activos y logros más importantes de una adecuada conducta judicial estará sujeta o adherida a principios o cánones éticos tales como los referidos a los:

a) **Deberes Generales:** el cumplimiento de la ley, la Independencia Judicial, la Jerarquía de los Deberes Judiciales, las Obligaciones Administrativas, la Conducta Discriminatoria Prohibida, la relación y Cooperación entre Jueces y Juezas, los Procedimientos Disciplinarios; y los vinculados a:

b) **Función Judicial Adjudicativa:** Desempeño de funciones Adjudicativas, Evaluación de la Prueba, Nombramiento de Personas para Asistir a los jueces o juezas en el proceso, Intervención durante el Juicio, Comunicaciones Ex-Parte, Trato hacia los participantes del Proceso, Conducta de los Procedimientos Judiciales, Solemnidad de los Procedimientos: fotografías, grabaciones o Reproducción, Puntualidad, Diligencia, Confidencialidad, Declaraciones Públicas, Limitaciones, Inhibición; los relacionados con:

c) **Otras funciones Judiciales Impuestas:** Celebración de Matrimonios y Funciones Electorales; las vinculadas con las:

d) **Actividades Extra-judiciales:** Deber General, Actividades Extrajudiciales, sugerencias para mejoramiento del Derecho, Cargos y

Encomiendas Incompatibles, Prohibición del Ejercicio Privado de la Abogacía, Actividades Políticas prohibidas, Gestiones para obtener Nombramientos o Ascensos, Influencias Indebidas, Jueces o Jueces como Partes o Testigos, Actividades Extra-judiciales remuneradas.

e) **Comportamiento Público:** Actividades Sociales, Aceptación de regalos, Actividades Económicas, vinculantes con personas relacionadas con su responsabilidad como administrador de justicia en casos específicos.

f) **Informe:** Informes de Divulgación Financiera, Otros Informes.

En los actuales momentos, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), a través de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en Venezuela, ha desarrollado el Anteproyecto del «Código de Ética del Juez y Jueza Venezolanos» (2006), que será presentado a las instancias de decisión para su aprobación y ejecución del mismo.

No quiero dejar pasar esta oportunidad sin referirme a la obra de Jorge F. Malem Seña (1989), titulada *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?* Quien con respecto a la conducta y valores de un juez señala entre otras ideas importantes, que:

> Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la Constitución, el sistema de fuentes y los valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que competencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso. Una mala persona definida en términos de su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser en ese sentido un buen técnico como juez.

Por otro lado lapidariamente Malem Seña, expresa:

> Que una mala persona pueda ser un buen juez en un contexto donde los jueces tienen que fundar en derecho sus sentencias no es, sin embargo, una conclusión fácilmente aceptada por todos. Y consecuentemente con ello, varias son las razones que se esgrimen para rechazar que en la selección de

los jueces se tomen en consideración únicamente aspectos técnico-jurídicos, o que no puedan ser impuestas sanciones a aquellos jueces y magistrados que no guardan una compostura aceptable en su vida privada. De hecho, se suele afirmar que no es suficiente que los jueces sean independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que al igual que la mujer del César así deben parecerlo» (Subrayado nuestro).

III PARTE

Una Disquisición Final

Todo lo anteriormente señalado nos permite afirmar que cualquier profesional, en específico el abogado como juez, debe poseer actitudes y manifestar conductas que lo distingan como servidor público, que transmita una imagen de seriedad, responsabilidad, sapiencia, profesionalismo y, en general todas aquellas conductas o actitudes personales, sociales, culturales y académicas que conformen prestigio y honorabilidad, en caso contrario, su desprestigio, informalidad y deshonestidad.

Para finalizar quiero referirles, citarles, un breve cuento que de alguna forma retrata la realidad de los seres humanos, sus fallas y conductas a veces no racionales, es el caso que:

Una pareja de jóvenes, con varios años de casados, no habían podido tener hijos. Para no sentirse tan solos, compraron un cachorro de pastor alemán y lo criaron como si fuera su propio hijo.

El cachorro creció hasta convertirse en un enorme y hermoso animal de esa raza. El perro salvó en más de una ocasión a la pareja de ser atacada por ladrones. Siempre fue muy apegado: quería y defendía a sus dueños contra cualquier peligro.

Sin embargo, después de siete años la pareja logró tener el hijo tan deseado.

Ellos estaban muy contentos con su nuevo hijo y desde luego disminuyeron las atenciones que tenían con el perro. Este, al parecer, comenzó a manifestar celos del niño y sus dueños veían que ya no era el perro cariñoso y fiel que tuvieron durante siete años.

Un día la pareja dejó al bebé adentro, durmiendo plácidamente en la cuna, y fueron a la terraza de su finca a preparar la cena. Cuál no sería su sorpresa cuando al rato ven al perro saliendo del cuarto del bebé con la boca ensangrentada, pero moviéndoles la cola.

Como es obvio, el dueño del perro adivinó lo peor; entonces, sin pensarlo dos veces, agarró un arma que tenía cerca y mató al perro.. Entretanto, la madre angustiada corría hacia el cuarto del bebé donde sorpresivamente encontró una gran serpiente degollada al lado de la cuna.

Moraleja:

– ¿Alguna vez dejaremos de juzgar o condenar anticipadamente a los demás?

– ¿Cuántas injusticias se cometen por fijarse tan sólo en las apariencias (o Indicios no falibles con los hechos)?

Como síntesis de este trabajo, tomemos como premisa fundamental en el ejercicio de la administración de justicia lo planteado por el Dr. Eduardo Couture en el Cuarto Mandamiento del Abogado:

> *Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día en que encuentres en conflicto al Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.*

Ensayos de participantes del programa de formación inicial (PFI)

Ensayos de participantes del programa de formación inicial (PFI)

Los sentimientos, como el dolor sufrido por la muerte de un ser querido, o el amor por la pareja ¿requieren ser probados?

Camilo Chacón Herrera*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

...Couture sabía que la vida es un largo proceso de conquistas cotidianas irreversibles, y que el futuro hay que forjarlo no sólo con la herencia espiritual del pasado, sino también con las promesas del presente, y el presente no es otra cosa que anhelo, esperanza, flecha de entusiasmo lanzada desde nuestro yo en dirección del tiempo. Quien no posea esa actitud agonística, no podrá progresar: su existencia quedará anclada y sin velamen en las riberas de su alma. Porque la vida de Couture fue recta y luminosa, sin vanidades, ni claudicaciones en los valores del espíritu, es por lo que está hoy aquí con nosotros y estará siempre como un símbolo en la conciencia de la juventud de América; y para quienes, marchando a su lado, no han visto como él, madurar los racimos de su huerto interior, su vida toda es también motivo de orgullo, de meditación y de consuelo...

LUIS LORETO

Análisis inicial

No es sencillo dar respuesta a la interrogante planteada, pues el amor y el sufrimiento, son conceptos y términos que los abogados solemos alejar de los estrados, y que al mezclarlos causan una reacción inefable e indescriptible, pues sabemos probar, nos enseñaron a probar, tenemos Códigos que nos dicen cómo probar, pero en el «arte» (como le califican algunos poetas) de amar o en el sufrir, mucho se ha dicho y poco se puede tomar como referencia a la hora de juzgar.

Es importante enfocar la presente investigación desde dos perspectivas diferentes a objeto de abarcar íntegramente el tema, la primera se enmarca en el plano de los valores y la axiología jurídica y la segunda en el plano probatorio jurisdiccional, evidentemente ambas interesan a quienes aspiramos convertirnos en juzgadores.

Y es que de alguna manera, se podría decir que socialmente probar el amor o el sufrimiento, podría ser más sencillo, ya que una lágrima, un suspiro, la pérdida del apetito, entre otras conductas humanas, pueden constituir, para cualquier otro ser humano, una prueba o demostración del amor o del sufrimiento, y en muchas ocasiones será

cierto, y en algunas otras tal vez no. Sin embargo, resulta trascendente una investigación enfocada desde la perspectiva humana, pero también desde el punto de vista jurisdiccional, específicamente en aquellos casos en que se entre a discutir, respecto al amor o al dolor de alguna persona y la consecuencia jurídica de tal circunstancia.

Es preciso acotar, que para el desarrollo de la investigación, será necesario abordar el tema del daño moral, pues resulta evidente que en este tipo de juicios es en los que se discute el amor de la pareja o el sufrimiento por la pérdida de un ser querido, no obstante es menester iniciar el análisis abordando el aspecto humano y axiológico.

Los sentimientos como manifestación de los valores

Para desarrollar este punto, es menester revisar brevemente qué se entiende por sentimientos y por valores. Los sentimientos son definidos como: «Acción y efecto de sentir o sentirse. / Estado afectivo del ánimo producido por causas que lo impresionan vivamente. / Estado del ánimo afligido por un suceso triste o doloroso»[1].

Asimismo se entiende por valores lo siguiente:

> Los valores son esencias-cualidades las cuales son captadas mediante la intuición emocional, constituidos por un a priori material y desligados radicalmente de las cosas o bienes sobre los cuales recae y por consiguiente no varían con las cosas y ordenados jerárquicamente según un orden emocional y no un orden racional[2].

Por su parte el dolor se define como: «Sensación molesta y aflictiva de una parte del cuerpo por causa interior o exterior. / Sentimiento de pena y congoja»[3]. Y respecto al amor se afirma que es:

> Sentimiento intenso del ser humano que, partiendo de su propia insuficiencia, necesita y busca el encuentro y unión con otro ser. / Sentimiento hacia

---

1 *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Disponible en www.http://buscon.rae.es/draeI/

2 Ortiz, R. (1999) *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica*. Publicaciones UCAB.

3 *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Disponible en www.http://buscon.rae.es/draeI/

> otra persona que naturalmente nos atrae y que, procurando reciprocidad en el deseo de unión, nos completa, alegra y da energía para convivir, comunicarnos y crear. / Sentimiento de afecto, inclinación y entrega a alguien o algo. / Tendencia a la unión sexual[4].

Partiendo de tales definiciones es preciso afirmar que las personas (humanos) se entienden como tales, en tanto tienen sentimientos y/o valores, pues se trata de atributos inherentes a tal condición, no obstante es evidente que muchas variables confluyen para formar en cada persona un conjunto de valores y tendencias de sentimientos, que se caracterizan por ser diferentes en cada persona, pues siempre variará la intensidad, la forma, el origen o causa, la reacción, el estímulo, la visión, entre otras.

En este sentido los valores han de entenderse como algo abstracto que implica la humanización y que trae consecuencias diversas, que se manifiestan o no en la cotidianidad. Para hacerlo ejemplificativo podrían señalarse como valores el respeto, la honradez, el amor, el odio, el rencor, el dolor, la aflicción, el honor, entre otros.

Los valores son derechos y expresiones inherentes a la personalidad ya que nacen con la persona, y se tienen por el sólo hecho de ser humano, los valores no pueden ser evaluados pecuniariamente se adquieren y pierden con independencia de la voluntad de la persona, están fuera del comercio, son absolutos: producen efectos *erga omnes*, son inalienables e imprescriptibles, no hay traducción a dinero pese al daño moral. Y precisamente existen lesiones que se producen en áreas inherentes al ser humano, en contra de sus derechos personales, tales como el honor, la integridad física, el respeto al ser humano; en fin se trata de lesiones que atentan contra derechos de la personalidad y esa trasgresión es a su vez el menoscabo al derecho, ya que ella *per se* causa el daño. En este sentido sostiene Ortiz (1999) que:

> ...la consideración de persona humana debe abarcar al mismo tiempo la doble consideración de la naturaleza humana: lo individual (específico, incomunicable) y lo social (colectivo, y comunicable por el sentido de la especie). En última instancia, inquirir de cuál es el papel del derecho frente a la naturaleza humana es responder, en definitiva, la consideración de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad como valor; y como

[4] *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Disponible en www.http://buscon.rae.es/draeI/

> hemos visto la función del legislador sólo puede ser declarativa y nunca constitutiva; será la de observador y espectador pero nunca la de creador; los valores existen antes de y a pesar del derecho positivo[5].

De allí, que pueda ser usada esta primera teoría, como fundamento del daño moral, pues aun en el supuesto negado de que los derechos inherentes al ser humano (valores) no se encuentren positivizados, no puede esto implicar su invisibilización, por el contrario más que nunca debe lucharse porque se manifieste su condensación en el derecho y hasta tanto se logre esto, sentar precedentes jurisprudenciales, pues se trata de derechos que son tales, por el sólo hecho de preexistir en el ser humano y la norma es producto y factor social a la vez. Por lo que, el reclamo de indemnizaciones judiciales por lesiones en áreas inherentes al ser humano (muerte de un pariente, afín o cónyuge y traición o fraude al amor) no necesariamente requiere de una norma jurídica que lo avale y consienta, sino que puede reclamarse siempre y con prescindencia de prueba del dolor o sufrimiento, pues bastaría con demostrar el hecho ilícito generador. No obstante, es preciso penetrar un poco más en el plano jurisdiccional para abarcar otros bemoles.

De la distribución de la carga de la prueba

Para continuar el desarrollo del análisis temático, es preciso determinar primeramente las reglas de la distribución de la carga de la prueba, para entonces comenzar a determinar si es una carga procesal probar el dolor o el amor. Se trae a colación entonces las normas rectoras de la distribución de la carga de la prueba, el artículo 1.354 del Código Civil (1982) establece que: «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», por su parte el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil (1987) establece: «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 la obligación».

---

[5] Ortiz, R. (1999). *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica.* Publicaciones UCAB, p. 314.

Del artículo 1.196 del Código Civil

En base a la normativa antes expuesta inicialmente pareciera que si en algún juicio se afirmase haber sufrido o haber amado, debiera entonces quien afirma demostrar tal hecho o circunstancia, no obstante es necesario revisar lo dispuesto en el artículo 1.196 del Código Civil (1982), para analizar las normas en su conjunto, dispone entonces:

> La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.
>
> El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.
>
> El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

Véase como se faculta al juez para conceder indemnizaciones en reparación al dolor sufrido por caso de muerte, sin indicar la norma en ningún momento que deba probarse el dolor, sino que en la norma misma se relaciona el hecho de la muerte, con el del sufrimiento de los parientes, afines y cónyuges. Es decir, que el legislador da por sentado que cuando un pariente, afín o cónyuge muere, tal evento ocasiona dolor. La interrogante es ¿Acaso la norma encierra dentro de sí una presunción?, o ¿Al establecer podrá, implica que el juez analizará si hubo o no dolor para que entonces proceda a ordenar la indemnización?, o sencillamente es discrecional del juzgador acordarlo sin requerirse para ello prueba alguna. De escoger la opción de que la norma encierra una presunción ¿Será una *presunción hominis* o legal? Todo ello es menester analizar de seguida, paseando por diversas ideas y manejando los criterios jurisprudenciales y doctrinarios desarrollados al efecto, para desembocar en una conclusión propia que implica la opinión del autor, indiferentemente del acuerdo o desacuerdo con las diversas fuentes del derecho analizar.

De los antecedentes jurisprudenciales que ordenan probar el daño moral

Para comenzar el análisis, es preciso remontarse a las sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fechas 8

de junio de 1972 y 25 de junio de 1973, con precedente en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 1° de junio de 1955, en las que se plasmó el criterio de que el perjuicio no patrimonial tiene que probarse[6]. Es decir, la Corte Suprema de Justicia de la época mantuvo el criterio de que el daño moral estaba sujeto a prueba y por ende, quien alegara haber sufrido o amado, debía demostrar tal dolor o tal amor, para que consecuentemente el juez acordare a su favor una indemnización. Se transcribe fragmento del fallo para mayor abundamiento:

> Ni siquiera los daños morales, con pertenecer al fuero interno de quien los sufre, están amparados con una presunción legal, pues los apartes del artículo 1.196 citado no ordenan obligada reparación, sino que facultan al juez para acordarla en los casos allí previstos; no sería justo que a un marido, por ejemplo, que haya reñido públicamente con su mujer que viva fuera del hogar, que se esté divorciando por causales denigrantes, se le acordase indemnización como reparación del dolor sufrido por la muerte del cónyuge. Igual advertencia puede hacerse respecto a ascendientes, descendientes o colaterales.
>
> Ni siquiera como presunción el arbitrio del juez, es de mérito constante que pueda o deba acogerse siempre la que «los padres sufren un daño material, un lucro cesante, con la desaparición de la prole», porque si bien... muchos hijos ayudan económicamente a sus padres, hay otros que no quieren o no pueden, o no tienen necesidad de hacerlo, sin que falten los que constituyen una carga por enfermedad o calaveradas, invalidez, privación de libertad u otro motivo. Casos ocurren de hijos que han sido causa de la ruina de sus padres.
>
> La frase de que «el título para esa reclamación viene de la misma ley...» nada resuelve, porque toda acción, todo derecho tiene su origen en la Ley; pero de ello no se colige que no deba probarse la acción, el derecho pretendido y las consecuencias dañosas que su violación haya ocasionado.
>
> Si el daño moral, que como se ha dicho, pertenece al fuero interno de quien lo sufre, no está, en tesis general, exento de probanzas, con mayor razón se impone la prueba del daño material, visible palpable, tan variado, y a veces sin relación entre la acción y sus consecuencias, pues suele ocurrir que un hecho ilícito grave causa daño material insignificante y aún no causa perjuicio, y, en cambio, un fósforo tirado imprudentemente puede ocasionar un incendio devastador.

[6] Acedo, C. (1993). *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en el Derecho venezolano, comparado con los Derechos francés e italiano*. Editorial Jurídica Venezolana.

> Se ha infringido, pues el artículo 1.196 del Código Civil, porque se juzga que establece una presunción legal, que ha dispensado al actor de probar los daños que demanda en su libelo...[7].

Es preciso disentir del criterio sostenido en el año 55 por la antigua Corte Suprema, pues es obvio que fue utilizada una argumentación en absurdo, que acude a hipótesis exageradas de casos probables que notoriamente no serían un común denominador, para arribar a la conclusión de que es necesario probar el dolor o el sufrimiento por parte de quien lo alega, éste sería un buen ejemplo para la argumentación en absurdo a la que hace alusión el autor patrio Escobar León[8].

De la doctrina que sostiene que la prueba del daño moral debe ser hecha por presunciones del hombre

Pero el criterio anteriormente referido, no mantuvo mucha vigencia por parte de la doctrina dado que algunos autores afirmaban que «la prueba del daño moral debe ser hecha por presunciones del hombre»[9].

Para profundizar más en el plano de las presunciones, es preciso acudir al Código Civil que dispone en su artículo 1.394, lo siguiente: «Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido». Y el artículo 1.397 *ejusdem* establece que: «La presunción legal dispensa de toda prueba a quien la tiene en su favor». Por su parte el artículo 1.399 *ibídem* dispone: «Las presunciones que no estén establecidas por la Ley quedarán a la prudencia del Juez quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial».

Bajo la reflexión de las normas antes transcritas, es preciso entonces analizar si del hecho cierto de la muerte de un ser querido (hecho cono-

---

7 Sentencia de la Sala Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia, 01 de junio de 1955.

8 Escobar León, Ramón (2001). *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*. Caracas.

9 Sué, A. (1977). «La responsabilidad delictual ordinaria». *Revista de la Facultad de Derecho* de la UC.

cido) surge como consecuencia lógica el dolor o sufrimiento (hecho desconocido), para entonces determinar que se trata de una presunción, y pareciera bastante posible ubicar tal consecuencia en una presunción *iuris tantum*, es decir, aquellas que permiten prueba en contrario y también sería a criterio del autor una presunción *hominis* y no legal, pues el artículo 1.196 del Código Civil, no establece que se trate de una presunción, ni siquiera el artículo está estructurado en forma de presunción, sino que más allá de eso, parece una afirmación lógica ineludible que realiza el legislador facultando al juez para conceder indemnizaciones a los parientes del difunto, como consecuencia de la muerte.

Así las cosas es preciso recordar, que quien afirma una presunción debe probar el supuesto de hecho. La presunción legal es una norma, lo que pasa es que sale de un hecho desconocido, pero se debe probar el supuesto de hecho de la norma. De tal suerte que si se trabajara con el artículo 1.196 del Código Civil (1982) como una norma que consagra una presunción, no habría que probar el hecho del sufrimiento o del dolor, sino que bastaría con demostrar la muerte y el lazo de consanguinidad, afinidad o vínculo conyugal que existía entre el difunto y el que demanda el daño moral, amen de probar el hecho ilícito generador de la obligación de indemnización.

En este sentido es preciso hacer hincapié en que muchos autores patrios coinciden en catalogar de presunción *hominis iuris tantum*, el hecho del dolor de los parientes a quienes se les muere un familiar. Así lo hacen entre otros Acedo (1993) cuando afirma: «El daño moral no puede ser objeto de una prueba directa. En nuestra opinión, su existencia debe probarse por presunciones del hombre; pero su monto, que no se puede demostrar, queda a la prudencia de los jueces, quienes no pueden acordar más de lo reclamado por la víctima, pues incurriría en ultrapetita»[10]. Es preciso acotar que Acedo yerra al hablar de ultrapetita en materia de daño moral, pues bien es sabido que en esta materia el juez tiene amplias facultades discrecionales y no se encuentra atado al *petitum* del actor, pudiendo perfectamente acordar mayor indemnización que la reclamada en el libelo. Empero, continuando con el tema de las presunciones,

[10] Acedo, C. (1993). *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en el Derecho venezolano, comparado con los Derechos francés e italiano*. Editorial Jurídica Venezolana (p. 381).

también Sue Machado, sostenía que el daño moral a que se refiere la ley sustantiva civil era una presunción, al igual que De Sola y Kummerow, quienes coincidían en que la ley presume el daño no patrimonial.

De la jurisprudencia y doctrina que sostienen que el daño moral no debe ser probado

Seguidamente la jurisprudencia vuelve a interpretar el artículo 1.196 del Código Civil (1982), llegando a concluir que el daño moral no es objeto de probanzas, criterio que se viene reiterando desde el año 1991, de la siguiente manera:

> Ahora bien, respecto del aspecto discutido por el formalizante sobre la probanza de los daños morales, esta Sala de Casación Civil ha expresado de manera reiterada, desde sentencia de fecha 10 de octubre de 1991, que lo único que debe demostrarse plenamente en una reclamación por daño moral es el hecho generador o sea, «...el conjunto de circunstancias de hecho que genera la aflicción cuyo *petitum doloris* se reclama...»[11].

También se ha afirmado que:

> No es cierto que el daño moral no sea susceptible de prueba, pero como la ley manda repararlo, el juez puede acordar discrecionalmente reparación del daño moral no probado (y aún no alegado). No será siempre posible la prueba directa, pero sí la indirecta. Y a veces la prueba vendrá determinada in re ipsa, como en el caso del llamado «daño estético», por ejemplo, para cualquier ser humano consciente es doloroso verse el rostro desfigurado[12].

Asimismo más específicamente haciendo mención al dolor o sufrimiento por la muerte de un ser querido, entre otras afecciones legítimas, la Sala de Casación Civil, produjo el siguiente criterio:

> Atendiendo a lo previsto en el artículo 1.196 del Código Civil, el juez, una vez comprobado el hecho, puede proceder a fijar discrecionalmente el monto del

---

[11] Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 31 de octubre de 2000. Ponencia de Magistrado Dr. Franklin Arrieche G.

[12] Lagrange, E., citado por Acedo, C. (1993) *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en el Derecho Venezolano, comparado con los Derechos Francés e Italiano*. Editorial Jurídica Venezolana.

daño moral a ser indemnizado a la víctima, en base a su criterio subjetivo, «...la reparación del daño moral la hará el juez según lo establecido en el artículo 1.196 del Código Civil, es decir, queda a su apreciación subjetiva y no limitada a lo estimado en el libelo» (Sentencia de la Sala de Casación Civil, ponencia del Magistrado Dr. Carlos Trejo Padilla, fecha 12 de diciembre de 1995, Exp. N° 95-281, juicio: Carmelo Antonio Benavidez contra Transporte Delbuc, C.A.).

Dado que el artículo 1.196 del Código Civil, faculta al juzgador para apreciar si el hecho ilícito generador de daños materiales puede ocasionar, además repercusiones psíquicas, o de índole afectiva, lesivas de algún modo al ente moral de la víctima, la estimación que al respecto hagan los jueces de mérito así como la indemnización que acuerden en uso de la facultad discrecional que les concede el citado artículo, son de su criterio exclusivo.

Asimismo, el artículo en comento dice **«puede»** y en este sentido el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil autoriza al juez para obrar según su prudente arbitrio consultando lo más equitativo, justo o racional, y, por lo tanto, está autorizado para conceder la indemnización o forma de reparación que considere conveniente sin que tal indemnización tenga que ser necesariamente de contenido patrimonial y ello, desde luego, porque el daño no es material sino moral (Negrillas adicionadas)[13].

Seguidamente en la misma sentencia, antes referida se cita la doctrina de Brebbia en relación al daño moral, quien en síntesis argumenta que:

En materia de los agravios morales la reparación natural es de excepcional aplicación. Casi siempre, el daño moral resulta humanamente irreparable (demencia incurable, pérdida de un miembro o de un sentido); en otros casos sólo el tiempo puede atenuar el agravio moral causado (lesión en las afecciones legítimas). No hay medios para colocar en el mismo estado de cosas anterior al hecho ilícito a la persona que ha sido lesionada en sus afecciones por la muerte de una persona con quien esté unida por lazos de parentesco; o al sujeto que ha sufrido padecimientos físicos o espirituales como consecuencias de una lesión; o al que se le ha impedido desarrollar la actividad a que tenía derecho; o al que ha visto turbado su derecho de intimidad, ese aspecto particularmente privado de la personalidad.

Ello no significa, sin embargo, que en algunos casos especiales de agravios moral (sic) la reparación natural no sea procedente. En casos de injurias o calumnias, p.ej., la reacción psicológica provocada por la ofensa puede ser

[13] Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de agosto de 2000. Magistrado ponente: Dr. Franklin Arrieche G.

irreparable, pero en su aspecto externo las cosas pueden ser retrotraídas a la situación anterior del hecho. Así, en la sentencia que condene al ofensor podrá ordenarse el retiro de un cartel injurioso, la destrucción de un libelo infamante o la retractación del ofensor por los mismos medios con que se ocasionara el agravio; sin perjuicio, por supuesto de la indemnización en dinero que corresponda acordar[14].

De las afecciones legítimas y los conceptos jurídicos indeterminados

Así pues, obsérvese cómo el autor citado, hace referencia al sufrimiento por la muerte; lesión en las afecciones legítimas, a este respecto es preciso señalar que sin lugar a dudas este tipo de afecciones forman parte de lo que se ha denominado conceptos jurídicos indeterminados.

En este sentido conceptos jurídicos indeterminados, se denomina a aquellos que no han sido definidos doctrinaria o legalmente de modo concreto, toda vez que están impregnados de una condición subjetiva, que los hace ser jurídicamente distintos a otros conceptos claramente definidos en el Derecho, como por ejemplo: la paternidad, el concubinato, la propiedad. Así las cosas a la par de las instituciones jurídicas y de los conceptos legales, surgen una serie de conceptos que no consiguen asidero jurídico; tal es el caso del honor, el dolor, la honestidad, la decencia o el amor. A este respecto Ortiz (1999) sostiene que:

> Entendemos por conceptos jurídicos indeterminados aquellas situaciones en las cuales el legislador no ha establecido un criterio normativo concreto, sino que deja al juez la libre determinación de tales contenidos con base en el momento histórico, la fuerza de la opinión pública, la costumbre y la idiosincrasia del pueblo, haciendo uso de su conocimiento privado y del conocimiento derivado de la experiencia común[15].

Es así como estos conceptos, las más de las veces pueden guardar relación con hechos de naturaleza litigiosa, que como tales revisten

---

[14] Brebbia, R. «El Daño Moral», citado en Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de agosto de 2000. Magistrado ponente Dr. Franklin Arrieche G.

[15] Ortiz, R. (1999) *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica*. Publicaciones UCAB, p. 281.

importancia jurídica, como es el caso del dolor o el sufrimiento que según la ley se causa a los parientes afines o cónyuges, con ocasión de la muerte de un ser querido. Así pues, ese concepto jurídico indeterminado (dolor) toma importancia en el ámbito jurídico y el juez debe saber si es carga o no de quien afirma tal sufrimiento probarlo o no.

De la contraprueba

En este sentido, es criterio jurisprudencial y de algunos doctrinarios que el dolor o sufrimiento no debe ser probado por quien lo alega, y digo algunos, por el hecho de que como se citó anteriormente hay autores que sostienen que se trata de una presunción. Sin embargo lo que sí es objeto de prueba es la contraprueba, es decir, la afirmación de la contraparte que afirma que no es cierto que el accionante haya sufrido o le haya causado dolor la muerte de su pariente, afín o cónyuge.

Para tratar de justificar lo anterior, es necesario proponer algunas hipótesis probables en que la contraparte pueda exitosamente lograr la contraprueba; sería el caso de los parientes o cónyuges declarados indignos. El artículo 810 del Código Civil (1982) dispone a saber:

> Son Incapaces de suceder como indignos:
>
> 1°. El que voluntariamente haya perpetrado o intentado perpetrar un delito, así como sus cómplices, que merezca cuando menos pena de prisión que exceda de seis meses, en la persona de cuya sucesión se trate, en la de su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermano.
>
> 2°. El declarado en juicio adúltero con el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate.
>
> 3°. Los parientes a quienes incumba la obligación de prestar alimentos a la persona de cuya sucesión se trate y se hubieren negado a satisfacerla, no obstante haber tenido medios para ello.

Pudiera también, tratar de desvirtuarse el sufrimiento a través de medios de pruebas dirigidos a comprobar la conducta indolente o indiferente del afectado, bien porque al poco tiempo de la muerte del ser querido ha participado en festejos, no acudió a los actos sepulcrales y tenía largo tiempo sin mantener contacto con el ahora difunto, lo que pudiera llevar al juez al convencimiento de que realmente la persona no se

encuentra lesionada en sus afecciones legítimas, sino que por el contrario es un hecho que no ocasiona ningún daño al accionante.

En cualquier caso es opinión del investigador, que en efecto la contraprueba es posible y puede haber muchas formas de tratar de demostrar al juez que al accionante no se le ha ocasionado ningún daño, o que no merece ninguna indemnización como consecuencia de la muerte de su ser querido, pues resultó más bien no ser tan querido.

De la producción de pruebas del daño moral con independencia de la liberación de la carga de probar por el accionante

En otro orden de ideas, es de resaltar que la mayoría de las veces el accionante que intenta las demandas por daño moral, con ocasión al sufrimiento por la muerte del ser querido, busca de algún modo crear en el juez la certeza del sufrimiento, con independencia que la norma, la jurisprudencia y la doctrina lo liberan de la prueba, pues conciben que de este modo el juez estará más persuadido de conceder una alta indemnización. Y es por ello que el expediente es dotado de una cierta cantidad de pruebas que evidencian el dolor, como sería el caso de fotos, testigos, consultas psicológicas o psiquiatricas con diagnósticos de depresión mayor o síndrome de stress postraumático, entre otras. Y dado que el juez está obligado por el principio de exhaustividad, a valorar todas cuantas pruebas se hayan producido en juicio, pues evidentemente esto cerciorará que en efecto el sufrimiento es real y que ha causado afecciones psíquicas en el accionante y de tal forma puede esta circunstancia llevar a que el juez condene al demandado a una indemnización más alta que la que normalmente concedería, sin mediar prueba alguna.

Conclusiones y opinión del autor

En virtud de lo antes analizado, es preciso concluir que los conceptos tales como el dolor y el amor se enmarcan en el plano de los valores y como tales son inherentes a la condición humana y preexistentes a todo ordenamiento jurídico positivo, por ende el juez puede avalarlos y acordar indemnizaciones aun en el supuesto de no estar consagrados legalmente.

En otro sentido, son conceptos jurídicos indeterminados y por ende están relevados de prueba, lo que no significa que sea imposible su prueba en juicio, se trata de una situación legal que podría variar si la ley ordenase su probanza, pero que por interpretación jurisprudencial están exentos de prueba en la actualidad. Se descarta la idea de que el daño moral forme parte de las presunciones *hominis*, aunque no se ignora el criterio de los autores citados, pues fueron en alto grado tomados en cuenta en la evolución histórica del tema y en definitiva enriquecieron la investigación.

Asimismo la contraprueba se considera factible y posible, por parte del demandado, a pesar de que no se considere tarea fácil para el litigante, pues se trata de supuestos bastante complicados de demostrar. Así pues, como se comentó a lo largo de la presente investigación, no siempre el daño moral estuvo relevado de prueba, además existen autores que aún sostienen que el artículo 1.196 del Código Civil (1982) hace referencia a presunciones *hominis*.

Otra opinión muy personal, es que producido el divorcio ordinario con fundamento en las causales indicadas en los ordinales 1°, 3° y 4° del artículo 185 del Código Civil (1982), tales como el adulterio; los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común y el conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución, ocasionan una afección indudable en los intereses legítimos del afectado, lo que pudiera desembocar en demandas de indemnización por daños morales en virtud de la ofensa, el dolor causado, o la traición al amor, sin que se requiera prueba de ello en juicio, sino que bastaría con acompañar la sentencia de divorcio en que se declara el divorcio, lo que implica que además ya existiría cosa juzgada. Sin embargo dado que los daños y perjuicios no pueden pretenderse aparte del hecho generador, parecería más lógico acumular a la pretensión de divorcio, la de indemnización; resultando inmediato que al prosperar la disolución del matrimonio por cualquiera de las causales citadas, prospere igualmente la pretensión de indemnización por daño moral. No obstante se trata de un presupuesto que personalmente no he visto hasta los momentos y que requiere ser profundizado.

¿Puede ser objeto abstracto de la prueba la interpretación de la expresión corporal?

Cruces Díaz, Mirla Nereida*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

«Especialízate en el arte de descubrir:
En todas y cada una de las criaturas
el lado bueno con que cuentan.
No hay nadie que sólo sea maldad.
Especialízate en el arte de descubrir:
En todas y cada una de las ideologías,
El fondo de verdad que guardan en su seno:
La inteligencia es incapaz de adherirse a un error absoluto»

HELDER CAMARA

¿Puede ser Objeto Abstracto de la prueba la interpretación de la expresión corporal?

Para dar respuesta a esta interrogante es necesario determinar el alcance de los elementos de la misma, razón por la cual en primer lugar se procederá a precisar lo que debe entenderse por las expresiones «Interpretación de la expresión corporal» y «Objeto Abstracto de la prueba».

Con respecto a la expresión «Interpretación de la expresión corporal» si Interpretar es explicar o descubrir el sentido de algo[1], ese algo en el caso que nos ocupa es la expresión corporal, que ha sido definida como aquella que hace referencia al hecho de que todo ser humano de manera consciente o inconsciente, intencionalmente o no, se manifiesta mediante su cuerpo[2], es decir, es el comportamiento exterior espontáneo o intencional que traduce emociones o sentimientos mediante el lenguaje corporal[3], siendo una manifestación externa, es un hecho perceptible por cualquier otro ser humano, quien al interpretarlo está emitiendo un juicio, que de hecho, es una manifestación sobre el mismo.

---

1 Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. VIII Tomos. Editorial Heliasta.Vigésima tercera edición. Buenos Aires, Argentina, 1994.

2 www.monografias.com/trabajos

3 es.wifkipedia.org/wiki/Expresión_corporal

Ahora bien ¿ese Juicio que emite una persona sobre ese hecho podrá ser Objeto de Prueba Judicial? Ya esta discusión se la ha planteado la doctrina, surgiendo tres posiciones al respecto: a) quienes consideran que se trata de cuestiones no sólo independientes, sino opuestas, y que la prueba solamente puede recaer sobre hechos, nunca sobre juicios; b) la de quienes aceptan también que se trata de cuestiones separadas, pero no contrapuestas, y consideran que ambos pueden ser objeto de prueba en forma independiente; c) la de quienes estiman que, dada la manera como los hechos son aducidos al proceso mediante los diversos medios de prueba, es imposible separar el hecho del juicio que sobre él se tenga y, por lo tanto, se trata de dos aspectos interdependientes y complementarios del objeto de la prueba.

Al primer grupo pertenecen los que consideran que el hecho se concibe como antítesis del juicio, especialmente del juicio jurídico[4].

Al segundo grupo pertenecen quienes afirman que «como los hechos únicamente son introducidos en el proceso mediante las afirmaciones de las partes sobre ellos, es decir, como juicios sobre hechos, también son únicamente los juicios sobre hechos el objeto y resultado de la prueba[5].

Y por último, al tercer grupo pertenecen los doctrinarios como Carnelutti que explican que la percepción de todo objeto o hecho produce en el sujeto de aquélla una idea acerca de ese objeto o hecho, y, en ocasiones, además, la idea de otro objeto o hecho, desde este punto de vista, el testimonio es en sí una declaración representativa y no una declaración de verdad, es decir, que con ella se despierta la idea del hecho narrado, lo cual significa que el objeto de tal prueba es inseparable del juicio que de él se haya formado el declarante y que, en definitiva, es lo que transmite al juez. El mismo autor precisa mejor su concepto, cuando agrega que el testimonio es una representación proporcionada por el hombre, es decir, un acto suyo consistente en representar un hecho, que se concreta en una manifestación de la idea que el testigo tiene del hecho mismo[6].

---

4 Wach: Cita en Carnelutt. *En la prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Araya, 1955.

5 Rosemberg. *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, p. 210.

6 Carnelutti. *La prueba civil*, vigesimoquinta edic., pp. 124-125.

En el presente trabajo se acogerá la tercera posición que considera al juicio inseparable del hecho sobre el cual recae, pero sin que por esto deje de ser el segundo objeto de la prueba; acogiendo y compartiendo, igualmente, las críticas que realiza Hernando Devis Echandía en su obra *Teoría General de la Prueba*, a las dos primeras posiciones[7].

Con respecto «al Objeto Abstracto de la Prueba», en el Derecho Probatorio autores como Florián han clasificado al objeto de la prueba judicial en Objeto Abstracto de la Prueba y Objeto Concreto de la Prueba, definiendo al primero como aquél que se determina por «la posibilidad abstracta de la comprobación en juicio», o sea por «la actitud procesal de prueba». Desde este punto de vista son objeto de ella, los elementos de hecho en sus más variadas manifestaciones y complejidad de orden externo o interno, en tanto que para este mismo autor cuando se hace referencia al «Objeto de la Prueba en Concreto» se contemplan los requisitos de la prueba en relación a un caso particular y entonces ya no son pertinentes todos los hechos que en abstracto pueden ser objeto de prueba, pues opera un requisito limitativo: el hecho debe ser pertinente y concluyente (relevante) en relación con los fines del proceso en un caso concreto. Por su parte Silva Melero explica que puede hablarse de objeto de la prueba en abstracto y en concreto: el primero lo forma todo lo que es susceptible de prueba y el segundo denominado también tema de la prueba, se restringe a lo que puede probarse dentro de los límites de cada proceso, es decir el tema *probandum* de éste. De suerte que para este autor un hecho puede ser objeto de prueba sin que forme parte del tema de prueba en el respectivo proceso. Hernando Devis Echandía sostiene que si bien objeto de Prueba judicial, en abstracto, puede serlo todo hecho material o psíquico, en el más 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 sólo accesoria, pueden tener alguna relación con la materia debatida o simplemente propuesta y siempre que la ley no prohíba su prueba.

---

[7] «...Nosotros conceptuamos que las dos primeras tesis, que llegan a los extremos opuestos, son evidentemente erróneas, aun cuando la segunda se aproxima a la realidad al considerar que además de los hechos existen los juicios sobre ellos; su error está en presumir que los últimos pueden ser objeto de prueba, como entes separados de tales hechos».

En este orden de ideas, Objeto Abstracto de la Prueba es lo que se puede probar en cualquier juicio y que involucra necesariamente al objeto concreto, pero ¿Qué es lo que se puede probar en cualquier juicio? lo que se puede probar son hechos[8] y con más precisión conforme al artículo 506 del Código de Procedimiento Civil venezolano vigente: los hechos afirmados, entendiéndose que el hecho particular a probarse es el alegado y controvertido y excluídos de éstos: el hecho admitido, el notorio, el imposible, el presumido por la ley y el no afirmado.

Lo anteriormente expuesto, corrobora que la interpretación de la expresión corporal como elemento o hecho perceptible es Objeto Abstracto de Prueba por lo que puede ser objeto de prueba en cualquier juicio y estar revestido de todos los principios endógenos y exógenos que gobiernan toda prueba judicial. Las partes al traerla al proceso la hacen consecuencialmente un objeto concreto del mismo.

En este sentido podría suceder que con el fin de indagar la credibilidad de lo alegado por el supuesto autor o partícipe en un hecho, se solicite que él mismo se someta a la técnica del polígrafo, también conocido como detector de mentiras, en ese caso lo que se pretende sea objeto de prueba, es la expresión corporal del sujeto para ser comparada en forma simultánea con su expresión verbal (sirviendo como prueba de descargo contra el sospechoso, por ejemplo, en países como Estados Unidos), ya que un polígrafo es un instrumento de registro de respuestas fisiológicas que utiliza un homógrafo, un tensiómetro y un aparato eléctrico que mide la presión arterial, el ritmo cardiaco, la tasa respiratoria, y la sudoración, la respuesta galvánica de la piel, y cuando al interrogado le hacen preguntas que le molestan, él no puede controlar que le cambie la respiración, que empiece a sudar, en otras palabras, la discordancia del contenido de emisión de datos y su correlación con pensamientos alternos en su evocación emotiva, provocan la variación de las constantes orgánicas. Las

8 Rosemberg ha señalado que en sentido jurídico se entiende por hechos: a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo lugar y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; c) los casos o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre incluyendo los documentos; d) la persona física humana, su existencia y características, estados de salud, etc.; e) los estados y hechos psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad.

medidas de esta disonancia, son valoradas en las pruebas de polígrafo. Estudios científicos han demostrado que la conceptualización de mentiras es diferente en cada sujeto y los niveles basales son individuales y diferenciados, pero la tensión emotiva que provoca el conocimiento propio de la verdad, modifica ostensiblemente la progresión orgánica de una persona que engaña sobre un aspecto específico. Los indicadores de medida de discordancia del pensamiento son notorios, por la inexactitud conceptual en las emociones provocadas ante un tema específico y la activación compleja de neurotransmisores, modifica las constantes orgánicas. Es imposible saber qué piensa la persona, pero se puede medir la reacción corporal que un sujeto muestra ante la presentación de un tema. La linealidad estímulo-pensamiento-emoción-adecuación anatomofisiológica-respuesta, es un ciclo que inalterablemente se presenta en cualquier proceso conductual humano, por lo que es posible medir las reacciones corporales de las emociones y para cada estado emocional existe un espectro psicofisiológico que liga la actividad emotiva del sujeto[9]. (Lo que no significa que existan excepciones).

Países como Estados Unidos invierten millones de dólares en investigaciones científicas que conlleven al mejoramiento notable de detectores de engaño como el polígrafo[10], igualmente países como Alemania e Inglaterra buscan tecnologías y procuran investigaciones en este sentido, y al efecto están actualmente desarrollando una técnica que permita leer la mente de las personas, prediciendo sus intenciones antes de que actúen[11].

---

9 es.wikipedia.org/wiki/polígrafo

10 El Departamento de Defensa de Estados Unidos otorgó a la Dra. Jennifer Vendemia una beca de 5 millones de dólares para que corrobore a través de la investigación, su teoría de que se puede detectar si una persona está mintiendo mediante la observación de las ondas cerebrales. El sistema de detección de mentiras de Vendemia coloca 128 electrodos en la cara y el cuero cabelludo de un individuo. A medida que el sujeto responde a las preguntas del interrogador los electrodos transmiten las ondas cerebrales, en menos de un segundo, sus investigaciones han descubierto que el cerebro tarda más tiempo en procesar las mentiras que en procesar las verdades y esto puede ser demostrado al monitorear las ondas cerebrales. *El futuro de las mentiras*,www.belt.es/noticias/2005/enero/19/mentira.htm.

11 Esta investigación fue llevada a cabo por el Instituto Alemán Max Planck, especializado en cognición y neurología junto a la Universidad Colegio de Londres y la Universidad de Oxford. Los científicos tuvieron éxito al identificar determinados patrones de actividad cerebral previos a la aparición de los pensamientos de las personas. Para ello utilizaron un escáner de alta resolución.www.la república.com.uy/Ir3/la república/2007/02/10/comunidad/245841/leer la mente ya no es ficción.

Pero las partes a través de la interpretación de expertos, con o sin estos instrumentos, no son los únicos que pueden recoger o aportar la expresión corporal, como elemento de prueba a un juicio, porque en virtud del principio de inmediación, el juez antes de pronunciar la sentencia, debe presenciar la evacuación de las puebas, es decir, la incorporación de las pruebas al proceso (artículos 16 y 332 Código Orgánico Procesal Penal, 450 de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, 860 del Código de Procedimiento Civil, 2 y 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, 170 y 202 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario) y a través del desarrollo de la audiencia el juez observa una serie de cuestiones que pasan, y va sacando elementos de la inspección de la voz, de la seguridad de la respuesta, de la expresión corporal y allí radica la importancia de la neurolínguistica para tener idea de cómo interpretar la expresión corporal.

Pero el que el juez no tenga esta preparación no significa que no realice interpretaciones de los elementos que está percibiendo, sólo que lo hará de manera empírica en base a su sentido común, que no es otra cosa que las creencias[12] o proposiciones que para él (como para la mayoría de las personas) aparecen como prudentes, sin depender de una investigación o estudio, es decir, el Juez empleará su «Inteligencia en actividad espontánea y la razón en sentido cartesiano para distinguir lo verdadero de lo falso»[13]. El sentido común pues, utiliza a los sentidos externos como instrumentos de los que se sirve para cumplir su función más eminente en orden al conocimiento del objeto. Siendo el Juez una persona y no un robot, no escapa de las impresiones inconscientes que le dejan los elementos que percibe, puede en consecuencia tener la sensación de que le están mintiendo, de que no se puede fiar o todo lo contrario y la causa de que tenga esas impresiones inconscientes sobre los elementos que percibe es que su subconsciente interpreta el lenguaje corporal de la persona y lo informa de lo que ve. En el campo jurídico esa «sensación» fue un concepto precisado por Muñoz Sabaté al referirse al método inferencial:

[12] Creencia es el sentimiento de certeza sobre el significado de algo, es una afirmación personal que consideramos verdadera; se origina a partir de lo que nos han dicho, de lo que hemos vivido, son maneras que creemos tener y ser y que vienen más de otras personas, educadores, padres, experiencias de las personas que nos rodean, por los medios de comunicación o de una impronta que es un acontecimiento pasado significativo a partir del cual se forma una creencia o conjunto de creencias.

[13] Alvira Domínguez, R. Ferrer Serrate, J. *Sentido común*.

La sensación no es más que una recepción física o química del estímulo, en tanto que la actividad psíquica del juzgador va simultáneamente mucho más lejos pues incluye el conocimiento de la existencia del objeto, es decir, el juez tiene plena conciencia de lo que son y expresan el documento o el testigo.

El fenómeno de la percepción visto como una combinación de sensaciones de forma organizada, estructural, sujeta a las leyes de la atención y cuya parte más diferenciada depende de un amplio grado de experiencia.

Debe entonces el juez proceder a una operación mental (raciocinio) que se concluye con la afirmación (juicio) de la existencia o inexistencia de un hecho. El juez se sitúa ante la prueba con una actitud que no es meramente perceptiva sino crítica. Percepción y juicio, o si se quiere, con palabras más jurídicas, asunción y valoración, representan pues, las dos actividades psíquicas de mayor raigambre y mayor conexión de entre todas las que realiza el juez en la prueba. Metafóricamente bien podría afirmarse que la inferencia sigue a la observación como el trueno al relámpago. Esta segunda fase inferencial tiene, como sabemos, un carácter marcadamente lógico, como inducir, deducir, inferir, presumir, indicar, implicar, etc.). El proceso de valoración de la prueba es pues, siempre, un proceso inferencial de más o menos complejidad aunque a veces tenga la apariencia de una mera actividad perceptiva apenas si acompañada de algún juicio lógico. Cuando el juez, por las reacciones emocionales del testigo infiere que éste no es veraz, o por el hecho de poseer el demandado un automóvil deduce que sus ingresos son superiores a los que afirma es evidente que sobre el cauce formal silogístico se halla aplicando anteriores criterios empíricos adquiridos merced a su cultura y su continuado contacto con la realidad. De ahí que afirmemos que al lado de la estructura lógica existe asimismo un fundamento experimental. La psicología y la lógica al servicio de la prueba».

Desde hace más de 30 años se sabe de la importancia del lenguaje corporal o comunicación no verbal, y aún se sigue estudiando, ya que es un tema complejo. Gran parte de la información que transmitimos se produce en milésimas de segundo, lo que obliga a estudiar el lenguaje corporal mediante cámaras de video y analizando lo grabado fotograma a fotograma. Además es un campo en el que confluyen áreas de conocimiento como: psicología, psiquiatría, antropología, sociología y etología, que dan lugar a nuevas disciplinas como la próxemica, la kinésica, la cronémica[14], entre otras. También complica su estudio el que los gestos se

[14] La cronémica es la concepción, estructuración y uso del tiempo que hace el ser humano, especialmente durante la comunicación. Su estudio constituye parte importante de la comunicación no verbal y depende principalmente del contexto social del individuo.

han de estudiar como un conjunto, no como gestos aislados, porque si no nos podrían llevar a malas interpretaciones.

Siendo el deber ser y el ser aspectos de obligatorio estudio y análisis por parte del Derecho se establece un punto de conexión e interrelación con las disciplinas científicas, y es cuando el Derecho en aras de interpretar de una forma más justa la conducta humana para así sancionarla o no, comienza a demandar diferentes evaluaciones de situaciones específicas. La demanda de conocimientos científicos, surge frecuentemente en zonas de necesidades donde el sentido común resulta insuficiente cuando los operadores de justicia intentan mejorar las prácticas que hasta ese momento habían descansado en creencias populares.

El magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera con ocasión de una clase de inmediación impartida el 17 de septiembre de 2007, a participantes del Programa de Formación Inicial para aspirantes a jueces, en la Escuela Nacional de la Magistratura, al tratar de explicar la importancia del entorno procesal en virtud del principio de inmediación y la posibilidad del interrogatorio al público reseñó:

> ...un individuo metió un amparo contra una decisión judicial, por un problema de un camión y otro, como tercero coadyuvante, con la decisión judicial se presentó otra persona y se entabló la gran discusión sobre el camión, en el público había un personaje que se retorcía, si, ustedes veían a esa persona que sudaba y se nos ocurrió hacerlo pasar, ¡usted venga acá!, como esto no tiene técnica y no es un testigo, nadie lo ha promovido como testigo, no se juramenta, ¡identifíquese! ¿Qué sabe usted de este caso?; técnica de relato, el responde: yo soy el propietario del camión, preguntamos: ¿Accionante, es el propietario del camión?, ¡sí! ¿Tercero coadyuvante, es el propietario del camión?: ¡sí!, se acabó el proceso, ustedes no tienen interés o cualidad para estar en juicio. Fíjense, cómo este personaje del público resolvió la causa...

De este ejemplo, se puede apreciar que lo que llamó la atención del magistrado fue la expresión corporal del sujeto que se encontraba en el público, que se manifestaba en sus retorcidas y en su sudoración, por lo que puede afirmarse que este hecho que en principio constituía un elemento de prueba abstracto, pero que al instante del magistrado percibirlo y darle una significación probatoria lo transformó en un objeto concreto de prueba en el proceso que se estaba ventilando.

Apreciar la expresión corporal como elemento de prueba ha sido la orientación de jueces venezolanos y de jueces de otras partes del mundo, como el lector puede observar en los siguientes extractos:

Venezuela

«...Si bien es cierto que la critología del testigo procedente de la inmediación, aporta una serie de elementos para su valoración, provenientes de la conducta del testigo, de su gestualidad, de sus posturas corporales y hasta de la inflexión de la voz, no es menos cierto que es en la memoria del juez que se instala lo que dice el declarante, con todos los peligros que entraña una insegura audición o un desliz de la memoria. De allí que lo ideal es reducir la declaración oral en actas escritas, aunque mucha mayor fidedignidad otorga la reproducción audiovisual del acto, motivo por el cual su consulta, resulta de mayor peso para la evaluación de la declaración, en los casos que sea necesario valorar esas declaraciones, ya que recoge fielmente las respuestas, aunado a la expresión del exponente y lo que ocurrió en el acto. De estas ventajas gozan las reproducciones del número 3 retro...». Sala Constitucional 08.10.2001.

España

«...En este punto es reiterada la orientación jurisprudencial de esta Sala que recuerda "que en las pruebas de índole subjetiva, como son las declaraciones de los denunciados y testigos, es determinante el principio de inmediación y, por ello, es el juzgador de instancia quien se halla en condiciones óptimas para decidir sobre la credibilidad que ha de darse a lo oído y visto en el juicio oral, pues cuando el medio de prueba es una persona, la convicción judicial se forma también por los gestos, expresión facial, tono de voz, firmeza, duda en las manifestaciones, inseguridad o incoherencia en las mismas, a tenor de lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cuando en el acto del juicio oral se producen varias declaraciones, la determinación de cuál es la verdadera depende claramente de la inmediación con la que esta prueba es recibida por el juzgador que la preside". El Tribunal de instancia puede ofrecer primarios argumentos, pero la razón última por la que un testimonio le merece plena credibilidad no siempre se puede explicar fácilmente. En cualquier caso se halla indisolublemente unido a la insustituible inmediación, que con ocasión del juicio oral ofrece una visión de conjunto de todas las declaraciones emitidas, hasta entonces transitorias, y que en dicho acto el juzgador ha de realizar un juicio de discernimiento sobre la virtualidad convictiva de las probanzas habidas. El propio art. 715 L.E.Cr. sólo permite proceder por falso testimonio cuando éste se emite en el juicio oral...»

«...Igualmente señala Sección decimoquinta de la Audiencia Provincial:

Las primeras aparecen constituidas por los datos probatorios estrechamente ligados a la inmediación: lenguaje gestual del testigo, del acusado o del perito; expresividad en sus manifestaciones; nerviosismo o azoramiento en las declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; tono de voz y tiempos de silencio; capacidad narrativa o explicativa, etc...» (Sentencia 728/2005 del T.S. Sala de lo Penal, junio de 2005).

Costa Rica

Exp: 01-200781-0306-PE

Res: 2003-00803

«...Considerando:

Recurso de casación interpuesto por la licenciada Katherine Angulo Pizarro, defensora pública (cfr. folios 133 a 137). ÚNICO MOTIVO POR LA FORMA: falta de fundamentación probatoria intelectiva. Con fundamento en los artículos 142, 184, 363 inciso b) y 369 inciso d) del Código Procesal Penal, la licenciada Angulo Pizarro, defensora pública de Edwin Porras Carvajal, acusa la nulidad de la sentencia toda vez que considera que carece de fundamentación intelectiva. En este sentido, la impugnante sostiene que en la resolución cuestionada no se indican las razones por las cuales se concluye que las versiones de la agraviada y de su madre, Virginia Arias Salas, son creíbles. Finalmente, agrega que si bien el Tribunal tiene libertad en la valoración de la prueba, ello no lo exime de la obligación de exponer sus razonamientos. Debe demostrar el nexo entre las afirmaciones a las que llega y los elementos de prueba empleados, de manera que se pueda verificar si las conclusiones a las que arriba se derivan de las probanzas. Al no haberse cumplido con esta exigencia, el encartado no puede conocer el iter intelectual desarrollado por el a quo al momento de resolver. Así las cosas, solicita se decrete la ineficacia de la sentencia y se ordene el respectivo juicio de reenvío. No lleva razón la recurrente: Aunque no en condiciones absolutamente extensas, en el fallo de mérito sí se valoran los elementos de prueba, demostrando el vínculo que existe entre estos últimos y las conclusiones a las que se arribó en la sentencia. En lo que interesa, indica la resolución impugnada: «Ambas declaraciones nos resultaron serias, claras, precisas, concordantes, sin contradicciones, detalladas y las deponentes utilizaron un lenguaje corporal y verbal apropiado para su edad. De ahí que hayamos decidido darles plena credibilidad y eficacia probatoria. De esas declaraciones se obtiene que quedó plenamente demostrado el hecho tercero de la acusación, pues tanto la menor –y sobre todo ésta– como su madre, son claras al indicar que el imputado había tocado libidinosamente a aquella en su vagina y preguntarle

que «si sentía rico», expresión que la menor reiteró ante su madre, el psicólogo forense y el Tribunal, lo que permite concluir que siempre ha dado la misma versión y por ende creíble. Finalmente, debe indicarse que las deposiciones dichas son contestes con la testimonial indicada, especialmente con los informes periciales (médico-forenses y psicológico forenses). Todo esta prueba, en resumen, confirma plenamente la acusación planteada por el Ministerio Público, pues ella no pudo ser desvirtuada por el imputado (...) Valga la acotación de que en este caso, resulta absolutamente irrelevante que la menor haya dicho que fue sobre sus ropas, mientras que en la acusación se dice que fue debajo de éstas, pues el resultado dañoso es el mismo y de igual forma se configura el delito. Debe tenerse en consideración al respecto, que la menor es de muy corta edad, lo que unido al trauma propio de este tipo de delitos, permite hacer pensar que en este punto exista alguna confusión, enredo que no existe en cuanto al punto esencial de la figura penal, sea el tocamiento libidinoso. Tan libidinoso fue que el imputado le preguntó a la ofendida que «si sentía rico», lo que no es otra cosa que la búsqueda de placer sexual en lo que hacía» (Véase folios 125 y 126 frente). (El destacado no es del original). Según se extrae del texto antes transcrito, el Tribunal basa la credibilidad de las declaraciones de la agraviada y la señora Arias Salas en varias razones. La primera, que son serias, claras, precisas y concordantes. La segunda, en el lenguaje corporal de ambas deponentes (lo que determinó el a quo a través de la inmediación). La tercera, que la versión de la agraviada siempre ha sido la misma. Asimismo, se tomó en cuenta que los testimonios de Funes Arias y Arias Salas son contestes con los informes periciales. De lo anterior se desprende que no lleva razón el recurrente al afirmar que «no se indican las razones por las cuales se concluye que las versiones de la agraviada y de su madre, Virginia Arias Salas, son creíbles» (folio 134), debiendo desestimarse el reclamo.

Recurso de casación interpuesto por el licenciado Máximo Rojas López, defensor particular del imputado (cfr. 139 a 143). ÚNICO MOTIVO: Fundamentación contradictoria. El licenciado Máximo Rojas López, en su condición de defensor particular del imputado, interpone recurso de casación por la forma. En criterio del citado profesional en derecho, «existen algunas contradicciones que el juzgador no ha resuelto de forma eficaz en la sentencia» (folio 142), principalmente entre las declaraciones de la madre de la ofendida así como de esta última. Así, señala el impugnante que la menor Karen indica que el imputado le había faltado el respeto sólo a la ofendida Jessica, pero luego dice que a ella también la tocó, lo que en su criterio genera dudas de si dicho tocamiento se dio o no. Indica además que la madre afirma haber escuchado a su hija diciendo que el imputado le introdujo un dedo en la vagina mientras la menor manifestó que el imputado no le había introducido ninguna parte de su cuerpo. Finalmente señala que las declaraciones rendidas por el psicólogo y utilizadas para fundamentar la condenatoria se refieren a la ofendida Jessica, y no a la ofendida Karen. El reclamo no es

atendible: En primer lugar debe aclararse que es imposible en un proceso penal contar con declaraciones idénticas de todos los testigos. Los procesos de percepción, memorización y evocación de los acontecimientos cambian de un testigo a otro debido a factores tanto objetivos como subjetivos, tales como la ubicación, luminosidad, concentración, edad, madurez emocional e intelectual, entre muchos otros. Con respecto a la declaración de la menor Karen Paola Funes Arias, vemos como la misma define «faltar al respeto» de la siguiente manera: «faltar al respeto es que ella estaba en una casa y casi mata a la mamá» (folio 117). De manera que la expresión de que el imputado le faltó al respeto sólo a Jéssica, dentro del manejo del lenguaje que hace una niña de ocho años de edad no es contradictoria con el tocamiento narrado en perjuicio de la misma. Por otro lado la afirmación de esta ofendida en el sentido de que el imputado le tocó la vagina pero no le introdujo ninguna otra parte del cuerpo de él (ver folio 118), tampoco resulta contradictorio con lo narrado por la madre en el sentido de que la menor le contó que el imputado le había metido el dedo (ver folio 119), pues la afirmación de la menor se refiere a que el imputado le tocó la vagina pero no le introdujo ninguna otra parte del cuerpo de él. Finalmente en cuanto a las manifestaciones del psiquiatra forense Freddy Mejía Sánchez, aún suprimiendo hipotéticamente las mismas así como la valoración hecha por el tribunal, subsisten elementos de prueba para tener por bien demostrado el delito acusado, principalmente las declaraciones tanto de la menor ofendida Karen Paola Funes Arias como las de su madre Virginia Arias Salas, así como el dictamen psicológico de folio 57 No. SPPF 650-2002 en donde se indica que no hay razones para dudar de la credibilidad del relato hecho por la menor. Por las razones apuntadas, no observa esta Sala el vicio de falta de fundamentación reclamado» (SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Costa Rica 18.09.2003).

Ahora bien, por las razones y afirmaciones expresadas y fundamentadas en la doctrina del Derecho Probatorio, y en los estudios e investigaciones científicos que enriquecen y amplían el campo del Derecho para beneficio de todos los que en el intervienen, mi respuesta a la interrogante objeto del presente trabajo, cual es si la Interpretación de la expresión corporal puede ser objeto abstracto de prueba? Es sí, sí puede ser objeto abstracto de prueba.

¿Puede sostenerse que la fase de investigación del ministerio público debido al control de la investigación por el juez de control, la convierte en inquisitiva y jurisdiccional?

Ligia María González Briceño*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

Para responder a la pregunta se debe comenzar por señalar los artículos que establecen algunas de las atribuciones del Ministerio Público. Los artículos 11 y 24 del Código Orgánico Procesal Penal, señalan:

> «Artículo 11. Titularidad de la acción penal. La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales».
>
> «Artículo 24. Ejercicio. La acción penal deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, salvo que sólo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento».

Por su parte el artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que regula las atribuciones del Ministerio Público, es del tenor siguiente:

> «...Son atribuciones del Ministerio Público:
>
> 1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
> 2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.
> 3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.
> 4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley.

5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones.
6. Las demás que le atribuyan esta Constitución y las leyes».

Estas atribuciones no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con esta Constitución y las leyes.

De la preinserta norma constitucional y las normas adjetivas transcritas, se desprende clara e inequívocamente que se instituyó en el Ministerio Público la titularidad y la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad y la de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social, expresión ésta que es adecuada para denotar la idea de un sujeto del proceso que lo distingue nítidamente del órgano juzgador.

En este orden de ideas, se precisa que si bien es cierto que la titularidad y el ejercicio de la acción penal la ejerce el Ministerio Público y es quien puede de oficio, por noticia *criminis* o por denuncia «dar inicio al proceso»[1], en atención a la garantía jurisdiccional del principio de legalidad está consagrada en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal, que rige en nuestro ordenamiento jurídico-penal entendido éste como la automática e inevitable reacción del Estado, ante la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, de acción pública procede a tenor de lo dispuesto en el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal a dictar el correspondiente auto de apertura de la investigación, ordenando la práctica de las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la realización de la pretensión punitiva estatal.

En consecuencia de lo anterior, la fase de investigación penal es llevada por el Ministerio Público y consiste en: las diligencias realizadas por el titular de la acción penal con la finalidad de determinar si existió un delito, quiénes son las personas enjuiciables, el establecimiento de la

[1] Sobre esta expresión se volverá más adelante.

forma como ocurrieron los hechos y el aseguramiento de su posterior prueba en el juicio oral.

El art. 280 del Código Orgánico Procesal Penal, establece como objeto de tal fase «la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación del fiscal y la defensa del imputado».

De esta norma se infiere que la fase de investigación tiene tres finalidades: investigar la perpetración de un hecho punible de acción pública o privada; hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que influyan en su calificación y determinación de responsabilidad de los autores o partícipes; y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.

Es el Ministerio Público como titular de la acción penal quien debe encargarse de la investigación, éste es un postulado del principio dispositivo que rige el proceso acusatorio que caracteriza el sistema procesal penal venezolano.

El referido proceso acusatorio se distingue por cuanto la investigación es llevada a cabo por un órgano distinto al juez que posteriormente dictará sentencia sobre los hechos, esto surge como una garantía ante las imparcialidades materializadas en el anterior proceso inquisitivo, donde el juez realizaba la investigación, determinaba la identidad del autor del delito, buscaba las pruebas y sentenciaba, lo cual traía como consecuencia la figura de juez y parte, tan contraria al debido proceso.

En el proceso acusatorio se desprende al juez de la actividad investigativa, se le otorga tal labor al Ministerio Público y los órganos de policía auxiliares al mismo.

Ahora bien, el Ministerio Público en la fase preparatoria realiza tres tipos distintos de actividades:

1. Actividades realizadas por el propio Ministerio Público o sus delegados recabando pesquizas y pruebas que puedan ser eventualmente evacuadas en juicio.
2. Actividades que realiza el Ministerio Público o sus delegados previa autorización del juez de control.
3. Actividades que practica el juez de control y no requieren la ratificación en el juicio oral, tal como es el caso de la prueba anticipada.

Entonces existen actividades del Ministerio Público que deben ser autorizadas por el juez de control, y actividades que realiza en conjunto con el propio juez de control. De estos dos supuestos surge la interrogante sobre si se convierte por ello la fase de investigación en una fase jurisdiccional e inquisitiva.

Es preciso resaltar que si bien el Ministerio Público tiene el ejercicio y la titularidad de la acción penal, no obstante, existen ciertas actuaciones que el fiscal debe practicar durante la fase de investigación y que para ejecutarlas requiere la autorización del juez de control, entre las que podemos citar:

1. Allanamiento de morada (art. 210-213 del COPP).
2. Exhumación de cadáver (art. 217 del COPP).
3. Incautación e Interceptación de Comunicaciones (art. 218-220 del COPP).
4. Reconocimiento del imputado (art. 230 al 232 del COPP).

Existe otra actuación en la cual el Fiscal no sólo requiere la autorización del juez sino su presencia en la realización de la misma, para garantizar el control y contradicción de la prueba tal como es la prueba anticipada prevista en el art. 307 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta actuación es una excepción a la regla según la cual todas las pruebas deberán ser llevadas al juicio oral y público para ser valoradas como tales, y responde a la necesidad de evacuar a un testigo o inspeccionar un lugar que se encuentre en riesgo de desaparecer de forma que tal prueba no pudiera ser valorada en el momento del juicio oral y público.

Estas diligencias obtenidas por el Ministerio Público previa autorización del juez de control, en forma alguna pueden ser consideradas como violatorias de su autonomía e independencia, pues como órgano encargado de ordenar y dirigir la investigación penal, goza de autonomía, ya que sólo debe obedecer a la ley y al derecho, en resguardo al principio de legalidad que rige su actuación y como órgano que ejerce la acción penal en nombre del Estado. Debe dirigir su actividad a la búsqueda de la verdad, de allí que está en la obligación de investigar no sólo lo que incrimine a las partes involucradas, sino también aquello que les favorezca, tal atribución de funciones se justifica en el hecho de que el objeto propio de esta fase es

la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación del fiscal y la defensa del imputado.

Por lo demás obsérvese que cuando el Ministerio Público requiere autorización al juez de control para practicar alguna actuación durante la fase de investigación, este órgano jurisdiccional se limita a examinar la solicitud y a verificar si se ha cumplido con todos los requisitos exigidos en nuestro código adjetivo. De estar llenos esos extremos procederá a expedir la debida autorización, en caso contrario requerirá al Fiscal del Ministerio Público que subsane las omisiones, no emitiendo pronunciamiento alguno acerca de la legalidad o no de la prueba.

Tampoco puede durante esta fase el juez de control ordenar de oficio la practica de diligencias de investigación, caso en el cual, sí podríamos afirmar con propiedad que se convierte la fase de investigación en inquisitiva, vulnerando así el principio de separación de funciones regulado en el Código Orgánico Procesal así: a) al Ministerio Público la de investigar y acusar; y b) los jueces la de juzgar.

La separación de las funciones de investigar, acusar y juzgar se encuentra consagrada no sólo en el código penal adjetivo y en la Constitución, sino también en tratados internacionales como la Declaración Universal de Derecho Humanos[2].

Esta separación de funciones se corresponde con el principio acusatorio, que se diferencia del principio inquisitivo que regía el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal.

El principio inquisitivo es un principio jurisdiccional y se refiere a la actividad de los jueces. A continuación se analiza cada uno de sus postulados comparándolos con el sistema actual del proceso penal acusatorio.

1. El juicio comienza de oficio, por tanto no hay *thema decidendum*, el juez realiza la investigación. En el sistema actual el juicio no comienza de oficio sino a solicitud del Ministerio Público o de la parte querellante en los casos establecidos.

[2] El artículo 10 establece el derecho que tiene toda persona a que «el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal» sea realizado por «un tribunal independiente e imparcial».

2. El juez investiga con prescindencia de la actividad de las partes: el juez es el investigador, el motor de todo, en el proceso inquisitivo el juez averigua y recaba medios de prueba, existe un mecanismo de averiguación. En el sistema actual por el contrario, el juez no recaba, lo hace el Ministerio Público, ni siquiera en la prueba anticipada se puede decir que el juez investiga. La consecuencia de la investigación del Ministerio Público es el control sobre la cual tiene el juez de control; ordena la comparecencia forzosa, las interceptaciones telefónicas, preside los reconocimientos, etc. Esta actividad del Juez de control no convierte en inquisitivo el sistema penal, el juez no está investigando
3. Independencia del juez con la actividad probatoria de las partes: el juez de oficio salía a recabar pruebas sobre lo que le interesaba. En el proceso penal acusatorio el juez no está encargado de recabar pruebas.
4. No hay ultra ni extra petita.
5. Produce juicios sumarios.

Está claro que el juez penal no inicia el proceso de oficio, ni suple alegatos de las partes, la cuestión surge cuando se analiza si el juez de control recaba pruebas que pueden ser utilizadas para formular la acusación.

Por lo tanto, de los prenombrados postulados nos interesa examinar el relativo a la fase de investigación ya que es el que se relaciona con el tema que se analiza. En el postulado 2 se establece que en un sistema inquisitivo el juez recaba las pruebas, investiga, es decir dirige las pruebas a su pleno arbitrio.

En el proceso actual, es decir el acusatorio, el juez de control como garantista de los derechos y garantías del investigado está limitado a expedir autorizaciones para realización de diligencias del Ministerio Público, pero ello no constituye investigación alguna, simplemente es una autorización.

En cuanto al hecho de presidir pruebas anticipadas ello tampoco implica actividad investigativa, es ésta en todo caso una actividad probatoria donde se encuentran presentes el órgano investigador tal como es el Ministerio Público y la defensa, de forma tal que el juez presencie una

prueba que podría desaparecer antes de llegar a la etapa de juicio, en consecuencia la actividad no es investigativa.

En realidad la actuación del juez de control en la fase de investigación con respecto a las pruebas se limita a autorizar la realización de aquellas que podrían vulnerar derechos fundamentales tales como la intercepta-ción de grabaciones, allanamientos, etc.

En cuanto a las pruebas anticipadas, el juez de control presencia la realización de alguna prueba que puede desaparecer con el paso del tiempo y que pudiera ser irreproducible en juicio. Esta actuación del juez no choca con el principio acusatorio, ya que su presencia en la realización de la prueba tiene como fin garantizar el principio de control y contradic-ción de la prueba.

Podría argumentarse como lo hace el autor Jesús Ramón Quintero[3] que por cuanto el artículo 341 ordinal 2° del Código Orgánico Procesal Penal establece la incorporación a juicio por medio de la lectura de las actas de reconocimiento, registro e inspección confeccionadas por los investigadores, se otorga un carácter jurisdiccional a la realización de tales diligencias en la fase preparatoria.

Sin embargo estas pruebas carecen de valor si no son ratificadas en el juicio oral por quienes las realizaron, ello a fin que se cumpla con los principios de control y contradicción de la prueba.

Y así debe interpretarse partiendo de la interpretación del artículo 316 *ejusdem*, que establece que los actos de reconocimiento o inspección evacuados por el procedimiento de anticipación no requerirán ser repeti-dos o terminar de formarse en el juicio oral, por interpretación en contrario aquellos que no fueron evacuados por el procedimiento de anticipación sí requieren ser repetidos o terminar de formarse en el juicio oral.

El principio inquisitivo consiste en la reunión de la investigación y el juzgamiento en una sola persona: el juez. Según el principio inquisitivo el proceso se inicia de oficio, no es necesaria una acusación de parte, el mismo juez que inicia la investigación la continúa, recaba las pruebas, las evacúa y finalmente las valora para tomar su decisión.

---

[3] Quintero, Jesús Ramón (1999) citado por Cabrera Romero, J. Algunas apuntaciones sobre el sistema probatorio del COPP en la fase preparatoria y en la intermedia. *Revista de Derecho Probatorio* N° 11, Caracas, 1999.

El principio acusatorio por su parte atribuye la investigación al Ministerio Público, y todo lo allí recabado carece de valor probatorio a menos que se incorpore al juicio y se ratifique en el mismo, ya que no tienen valor si no son controladas dentro del proceso, es decir que las pruebas deben formarse en el juicio y no fuera de él, salvo el caso de la prueba anticipada, antes mencionado.

Puede entonces concluirse que las actuaciones de investigación en las que de alguna forma participa el juez de control no lo convierten en inquisitivo ni jurisdiccional por cuanto permanece la investigación en manos del Ministerio Público, el juez no recaba pruebas sólo garantiza la protección de derechos fundamentales.

Ahora bien, en cuanto al carácter jurisdiccional o no de la actividad del juez en la fase de investigación el autor Alemán Claus Roxin[4], señala:

> El Fiscal tiene el señorío del procedimiento de investigación, debe tomar las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la realización de la pretensión punitiva estatal. Sin embargo, hay una serie completa de medidas –casi siempre especialmente graves– que la fiscalía no puede tomar porque la ley las reserva para el juez. Para realizar estas medidas ya en el procedimiento de investigación, sin quitarle a la fiscalía el señorío sobre esa etapa del proceso, la ley prevé la institución del juez de la investigación: la fiscalía solicita la adopción de los actos de instrucción judicial que ella crea necesarios al juez de AG[5] de la jurisdicción en el caso de que deban ser tomadas medidas judiciales en varias jurisdicciones. El juez debe, exclusivamente, examinar la admisibilidad de la medida requerida (p. ej., la proporcionalidad de la conducción forzada solicitada). Sin embargo, cuando sobre la admisibilidad impera la discreción judicial, permanece ese imperio. Empero, el juez de la investigación no puede, en caso alguno, examinar la utilidad de la medida solicitada. Así, p, ej., el juez no puede negarse al interrogatorio judicial solicitado por la fiscalía con el fundamento de que es superfluo o de que puede ser realizado por la fiscalía misma. En esta vinculación del juez a las determinaciones de la fiscalía no existe lesión alguna de la independencia judicial, pues el juez de la investigación no ejerce en esto una actividad jurisdiccional, sino administrativa y opera exclusivamente para la fiscalía en la función de asistencia que la Constitución exige... el juez de la investigación no puede realizar investigaciones propias, si los documentos presentados

[4] Profesor Ordinario de la Universidad de Munich, autor del libro *Derecho procesal penal*, de cuyo capítulo «El juez de la investigación y su relación con la fiscalía», extraemos la cita.

[5] AG: abreviatura para tribunal municipal en alemán según glosario de términos del profesor Roxin.

ante él por la fiscalía para justificar una orden de detención o de registro no son suficientes, debe requerir de la fiscalía otros materiales o investigaciones complementarias. Si éstas no demuestran la pertinencia de lo solicitado, el requerimiento debe ser denegado...». Sin embargo, el juez de la investigación, debe realizar las medidas probatorias requeridas, en su descargo, por un imputado interrogado por él, en tanto las considere relevantes y si, de lo contrario, fuera de temer la pérdida de esas pruebas o si su adquisición pudiere conducir a la liberación del inculpado... (subrayado adicionado a los efectos de la presente investigación).

De una simple lectura al criterio doctrinario transcrito, se observa que en términos más o en términos menos las funciones del juez de la investigación y su relación con la fiscalía en el proceso alemán, guardan cierta similitud con la nuestra, pues es el fiscal del Ministerio Público quien tiene el señorío del procedimiento de investigación, no obstante, pero al igual que en nuestro proceso penal, requiere de la autorización para realizar algunas diligencias de la investigación tales como la orden de detención, la de registro y la que pudiéramos asimilar a la prueba anticipada para evitar la pérdida de esas pruebas que pudieren resultar imprescindibles para fundamentar la acusación, actuaciones éstas que considera como no jurisdiccionales sino administrativas en la función de asistencia que debe prestar a la fiscalía como lo establece la Constitución.

Entonces no es jurisdiccional la actuación del juez de control cuando realiza autorizaciones y pruebas anticipadas, este autor cataloga de administrativa la actuación del juez en la fase de investigación.

Existe otro argumento para determinar que no es jurisdiccional la actuación del juez de control en la etapa de investigación y resulta de aplicar al proceso penal el principio procesal general *nemo iudex sine actore*: no hay proceso sin acción.

El proceso se inicia en realidad con la acción, la cual es una condición de la jurisdicción. La jurisdicción no entra en operación sino a requerimiento de un particular[6]. «La acción es en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión»[7].

---

[6] Parafraseando a Rengel Romberg. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Teoría General del Proceso, p. 140.

[7] Couture. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Tercera edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1978.

Es decir que la acción es la potestad de cualquier persona de acudir a un órgano jurisdiccional para solicitar se satisfaga su interés.

Este concepto de acción al ser llevado al campo penal debe ser entendido considerando que se trata ahora de una facultad o prerrogativa de perseguir o solicitar la persecución de los presuntos responsables de un hecho punible.

En el campo penal el ejercicio de la acción se encuentra reservado al Ministerio Público, excepto que por el tipo de delito sólo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento, tal como establece el artículo 24 del Código Orgánico Procesal Penal. De esto se infiere que la acción penal es pública, es decir, puede ser promovida por un organismo público tal como es el Ministerio Público y excepcionalmente es de instancia privada, sólo para cierto tipo de delitos que afectan la individualidad de la víctima.

Si la acción civil se ejerce mediante una demanda que contiene la acción y la pretensión, en el proceso penal tal requerimiento se realiza mediante una acusación. La acusación equivale a una demanda ya que contiene la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho, los fundamentos de la imputación los elementos de convicción que la motivan, los preceptos jurídicos aplicables, el ofrecimiento de los medios de prueba y la solicitud de enjuiciamiento del imputado.

La acusación da inicio al proceso penal, ésta es una opinión de parte de la doctrina, como Luis María Diez[8] quien define la acción penal así: «consiste en acusar a alguien de la comisión de un delito solicitando en consecuencia la puesta en marcha del ius puniendi del Estado».

Según este concepto se ejerce la acción con la interposición de una acusación ya que es en ella donde se solicita la persecución de los presuntos responsables de un hecho punible, y de esto se trata la acción penal, la cual al ser admitida produce el juicio donde se determina tal responsabilidad mediante una sentencia.

No puede llamarse acción penal a cualquier solicitud realizada ante el juez de control, ya que como se dijo antes, la acción penal contiene siempre una pretensión punitiva y se ejerce mediante una acusación.

Según la profesora Magaly Vásquez[9], la acción penal se concreta con la presentación de la acusación, pero el proceso penal se inicia antes de

---

8 Diez-Picazo, Luis María. *El poder de acusar*. Editorial Ariel, Barcelona, 2001.

9 Opinión recabada en apuntes de clases del Postgrado de Ciencias Penales y Criminalísticas de la UCAB por la autora.

ello, con la denuncia, la querella o la investigación de oficio. Llegada la oportunidad procesal se ejerce la acción penal.

Es decir, que la acción penal se ejerce mediante la acusación no hay dudas, sin embargo existe divergencia de criterios en cuanto al inicio del proceso penal: a) para un sector de la doctrina el proceso se inicia antes de la acusación con la interposición de la denuncia, la querella o con la investigación de oficio y se concreta la acción con la presentación de la acusación, b) para otro sector la acusación inicia el proceso tal como se establece en el principio de *nemo iudex sine actore*, es decir no hay proceso sin acción y por lo tanto no existe jurisdicción antes de existir una acusación.

En cuanto al primer criterio: «El proceso se inicia mediante investigación de oficio o por denuncia», así se encuentra establecido en el capítulo II del Libro Segundo del COPP, sin embargo considera esta autora que en realidad lo que se inicia es la fase de investigación. Mas el proceso no se inicia sino ante el órgano jurisdiccional, mal podría iniciarse un proceso de naturaleza jurisdiccional ante autoridades no judiciales, tal como es el caso de la denuncia ante órganos de policía, o investigación de oficio iniciada por el Ministerio Público o los órganos de policía.

La autora considera ésta una imprecisión del COPP que puede llevar a la confusión sobre cuál es el momento cuando se inicia el proceso penal: el proceso penal es de naturaleza jurisdiccional, es decir el conjunto de actos que conducen a una decisión judicial de carácter penal. Ahora bien, una denuncia ante un órgano policial no pone en conocimiento al tribunal sobre el conflicto penal y por lo tanto no puede decirse que se inicia el proceso si el órgano jurisdiccional ni siquiera tiene noticia de ello.

En este orden de ideas, para que el proceso penal se inicie debe estar en conocimiento el órgano jurisdiccional.

Tomando en cuenta las anteriores reflexiones considero que el proceso penal se inicia ante el órgano jurisdiccional con la presentación de la acusación y que, antes de la presentación de la misma no existe proceso penal y por lo tanto no puede llamarse fase jurisdiccional a la de investigación.

Como bien define el profesor Roxin[10] «la acción es la petición al tribunal de actuar autónomamente en una causa penal». Es en el momento

[10] Claus Roxin. *Derecho Procesal Penal*. Ediciones del Puerto. Buenos Aires, 2000, p. 336.

de la interposición de la acción cuando el tribunal adquiere el señorío del procedimiento, es cuando pasa al tribunal, el cual sólo puede actuar cuando la acción haya sido promovida.

Señala el mismo autor que el señorío del procedimiento pasa al tribunal por cuanto éste se convierte en el responsable por el desarrollo del mismo y en sus decisiones no está vinculado a los requerimientos formulados.

Se entiende así que en la fase de investigación el juez responde a requerimientos de las partes para la realización de diligencias de investigación prestando así una autorización o una ayuda judicial, pero no la dirige.

Ahora bien, el proceso si lo dirige el juez, tiene ya jurisdicción para hacerlo, nace la acción, luego la jurisdicción y se inicia el proceso, entendido jurisdiccionalmente.

La confusión de llamar proceso a toda la actividad administrativa y jurisdiccional derivada de la presunta comisión de un delito la entiendo como un intento por sintetizar en un todo la investigación, la fase preliminar y la fase de juicio, mas no puedo compartir esta opinión por cuanto considero que el proceso penal se inicia ante un órgano jurisdiccional mediante la interposición de una acusación.

Asimismo considerando las actividades que puede realizar el juez de control en la fase de investigación debo concluir que, mal podía interpretarse que la fase de investigación del Ministerio Público debido al control de la investigación por el juez de control, la convierte en inquisitiva y jurisdiccional, pues la actuación de dicho juez durante esta fase es garantizar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República, para evitar que sean obtenidas pruebas que vulneren a las partes sus derechos y garantías constitucionales, por eso se dice también que los jueces de control son «garantistas» en virtud de que tienen competencia para hacer respetar las garantías procesales, tal y como lo señala el encabezamiento del primer aparte del artículo 64 del Código Orgánico Procesal Penal.

Es por todas estas razones que puede afirmarse que: la fase de investigación del Ministerio Público debido al control de la investigación por el juez de control, no la convierte en inquisitiva y jurisdiccional.

Bibliografía

DIEZ PICAZO, L. (2001). *El poder de acusar*. Editorial Ariel, Barcelona.

Código Orgánico Procesal Penal, 2005.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

CABRERA ROMERO, J. (1999). Algunas apuntaciones sobre el sistema probatorio del COPP en la fase preparatoria y en la intermedia. *Revista de Derecho Probatorio* Nº 11, Caracas.

COUTURE, E. (1978). *Fundamentos de Derecho Procesal*. Tercera edición. Ediciones Desalma, Buenos Aires.

RENGEL ROMBERG, A. (1999). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Teoría General del Proceso. Organización Gráficas Carriles, Caracas.

ROXIN, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Ediciones del Puerto. Buenos Aires.

Valor probatorio de la pesquisas conforme al Artículo 49 Constitucional

Nelson Wladimir Grimaldo H.*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

Introducción

El presente trabajo de investigación se ha hecho en el marco del Programa de Formación Inicial que lleva a cabo la Escuela Nacional de la Magistratura, en la cátedra de Pruebas, en la cual los participantes escogieron al azar un tema para su desarrollo, correspondiéndole al autor, el referido a: «A los efectos del artículo 49 constitucional, ¿las reglas sobre las pesquisas, son probatorias?».

Para el desarrollo del anterior tema se ha hecho un análisis del derecho a la defensa, dado que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece este derecho, el cual tiene una estrecha relación con la actividad probatoria que se da en el marco de los procesos jurisdiccionales, haciéndose mención al derecho de control y contradicción de las pruebas que tienen los justiciables, como manifestación de ese derecho a la defensa.

Igualmente se ha hecho un recorrido por las diferentes fases que tiene el proceso penal, estableciéndose, de manera general, las actividades probatorias que pueden realizarse en cada una de las mismas, haciéndose énfasis en la etapa preparatoria en la cual el Ministerio Público o sus delegados realizan una serie de diligencias o actividades de investigación de las cuales emergen diferentes elementos probatorios que luego se harán valer en el juicio oral, a los fines de determinar la responsabilidad del acusado.

Se ha observado que el imputado ejerce su derecho de control de la prueba en el juicio oral, razón por la cual las diligencias o actividades de investigación llevadas a cabo por el Ministerio Público toman significación probatoria en esta fase del juicio, pues de lo contrario implicaría una violación del derecho a la defensa antes referido.

No obstante en el presente trabajo se observa cómo el juez de control en las primeras fases del proceso, puede llegar a tomar por lo menos tres decisiones que implican una valoración de los elementos probatorios que emergen de esas diligencias o actividades de investigación fiscal, sin que previamente el imputado haya tenido la oportunidad para ejercer su derecho de contradicción y control de la prueba, lo que revela un vicio de inconstitucionalidad en la configuración legal realizada para la toma de esas decisiones.

A pesar de las limitaciones que tiene el autor para la realización de este trabajo, derivadas de la especialización e inclinación que el mismo ha tenido durante su carrera por el Derecho Procesal Civil, no obstante se ha tratado de abordar este trabajo con una visión comparativa de las diferentes instituciones del Derecho Procesal Civil aplicadas al proceso penal y dar una respuesta al problema de inconstitucionalidad planteado.

I. Del derecho a la defensa

El derecho a la defensa acompaña al hombre desde el momento mismo de su nacimiento hasta el día de su muerte, es decir, acompaña al hombre durante toda su vida. Cuando se habla del derecho a la defensa en la jurisprudencia, siempre viene a la memoria la sentencia del juez inglés en la cual se relata el pasaje bíblico de la expulsión de Adán y Eva del Paraíso, oportunidad en la que Dios le concedió a Adán, antes de expulsarlo, la posibilidad de defenderse y explicar por qué había comido del fruto prohibido.

En el derecho sajón el derecho a la defensa tiene la categoría de un derecho natural y en el derecho constitucional francés se considera como un principio general del derecho, es decir, que no hace falta su consagración positiva para su reconocimiento. En nuestro país, se ha elevado al rango más alto que se le puede otorgar a un derecho en nuestro ordenamiento, al constitucional[1].

Dada la naturaleza dialéctica del proceso, en la cual una parte expone una tesis y la otra una antítesis, para que un tercero, el juez, resuelva la

[1] El artículo 49 de la Constitución señala: La defensa y asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso.

contradicción a través de la formulación de una síntesis final, la sentencia, es esencial entonces permitir a las partes el ejercicio de un derecho de contradicción frente a los argumentos de la otra, lo cual debe extenderse a todas las posibilidades que tenga una de las partes dentro del proceso, en el sentido de que la otra tenga una igual posibilidad. Así, si una de las partes tiene derecho a exponer alegatos, la otra debe tener idéntica posibilidad de formular contra-alegatos, si una de las partes tiene derecho a incorporar pruebas, la otra debe tener derecho a cuestionar esas pruebas; de esta manera se garantiza ese derecho al contradictorio, que no es más que el ejercicio del derecho a la defensa.

En este sentido la jurisprudencia venezolana ha señalado que todo proceso judicial debe estar configurado de tal manera que se le asegure a los justiciables la utilización de los medios legales pertinentes para el ejercicio de su derecho fundamental a la defensa y, que a tales efectos, los actos procesales deben configurarse de manera tal que al establecer el contradictorio, permita el ejercicio efectivo del derecho a la defensa[2].

Para la doctrina[3] el derecho a la defensa consiste en la posibilidad que tienen las partes de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado lo siguiente respecto al derecho a la defensa:

> Por lo que atañe al derecho a la defensa, éste es un contenido esencial del debido proceso, y está conformado por la potestad de las personas de salvaguardar efectivamente sus derechos o intereses legítimos en el marco de procedimientos administrativos o de procesos judiciales mediante, por ejemplo, el ejercicio de acciones, la oposición de excepciones, la presentación de medios probatorios favorables y la certeza de una actividad decisoria imparcial[4].

---

[2] Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala de Casación Civil (2001). *Sentencia Nº 132 de fecha 22 de mayo de 2001* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

[3] Picó, J. (1997). *Las garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: Bosch, p. 102.

[4] Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional (2000). *Sentencia Nº 99 de fecha 15 de marzo de 2000* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

La doctrina venezolana[5] ha señalado que el derecho de defensa no se satisface solamente en el otorgamiento de oportunidades a las partes para contradecir las pretensiones de la contraria, sino que además es necesario que tengan oportunidad para demostrar los hechos que afirmen y que se controvierta a fin de que el juez pueda determinar quién tiene la razón, por ello **el derecho a la prueba es una institución del derecho procesal mediante la cual se garantiza a las partes el pleno ejercicio del derecho a la defensa.**

Este derecho a la prueba es de configuración legal[6], es decir, el legislador es quien establece la forma de cómo se ejercer tal derecho, por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad[7]. En este sentido la doctrina señala que tal derecho:

> ...lo organiza la ley en el proceso, mediante un sistema de ofrecimiento de pruebas (promociones de prueba) por los sujetos procesales y su posterior evacuación, si se tratare de pruebas simples; y dentro de este campo específico, debe hacerse más concreto el derecho a la defensa que hasta el momento lo hemos enunciado en un sentido genérico, como la existencia legal de oportunidades para contradecir y probar las afirmaciones, por lo que la ley, por lo general, prevé actos específicos para presentar evidencias (promociones de pruebas donde una parte pide al Juez le acepte un medio que ofrece ingresar al proceso), así como para la oportunidad de cuestionarlas y para las actividades de fiscalización de las pruebas que se evacúan, ofreciendo a los litigantes la oportunidad para que conozcan los medios enunciados y para que no se incorporen el resultado de éstos a los autos a espaldas de los controversistas. Ante la actividad de la evacuación, va a surgir la posibilidad de una contra actividad, la cual abarca la destrucción de la prueba amañada[8].

Es decir, el derecho a la prueba, como manifestación del derecho de defensa, conlleva a que el legislador establezca dentro del proceso

---

5 Cabrera, J. (1997). *Contradicción y control de la prueba legal y libre* (T. I). Caracas: Alva, p. 20.

6 Picó, Joan. *Op. cit.*, p. 143.

7 Esta parece ser la posición de la jurisprudencia venezolana, ya que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 515 de fecha 31 de mayo de 2000 señaló: «En suma, cabe afirmar que el contenido esencial del derecho fundamental que, para el justiciable, representa la garantía constitucional de la defensa en el proceso, estriba en la posibilidad, **normativamente tutelada**, de obrar y controvertir en los procesos en que haya de juzgarse sobre sus intereses *in concreto*» *(Destacado añadido).*

8 Cabrera, J. *Op. cit.*, (T. I), p. 21.

oportunidades para que las partes ofrezcan medios de prueba a través de los cuales se demuestren sus afirmaciones fácticas fundamento de sus pretensiones o defensas, pero también, oportunidad para que las partes puedan cuestionar los medios propuestos por la contraria y para que puedan fiscalizar el ingreso de las fuentes de pruebas a través de los medios propuestos. Esto último es lo que la doctrina[9] ha denominado el derecho de contradicción y control de la prueba.

Sobre estos aspectos del derecho de defensa (derecho a la prueba) la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado:

> De allí, que forman parte del debido proceso, las oportunidades procesales para oír a las partes, así como **lo relativo a la promoción y recepción de pruebas** dentro de los términos y formas que establece la ley para ello, a fin que las partes puedan cumplir con el principio de necesidad de prueba, **así como con los de contradicción y control de la prueba, todo como desarrollo del derecho de defensa**. Mientras esas oportunidades legales se respeten, existe el debido proceso, ya que se oye a la persona en lapsos y actos que garantizan el poder recoger plenamente sus alegatos, además, se permite a las partes, ante la petición de una, recibir la contrapetición de la otra, **lo que en materia de pruebas significa acceder a las pruebas que ofrece su contraparte y poder cuestionarlas y controlarlas**[10]. (*Destacado añadido*).

II. El Derecho al control y contradicción de la prueba

a. Del derecho al control de la prueba

Siguiendo las enseñanzas del profesor Jesús E. Cabrera R.[11], el derecho al control de la prueba consiste en la oportunidad que deben tener las partes de asistir a los actos de evacuación de los medios de prueba, a fin de realizar las actividades que la ley les permite según su posición

---

[9] Específicamente en Venezuela el magistrado Jesús Eduardo Cabrera es quien ha desarrollado este tema.

[10] Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional (2000). *Sentencia N° 1.442 de fecha 24 de noviembre de 2000* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

[11] Cabrera, J. *Op. cit.*, (T. II), p. 343.

procesal[12] y realizar además las observaciones y reclamos que consideren necesarias, para lo cual es indispensable que se le dé la debida publicidad a los actos de evacuación, a los fines de que las partes se enteren anticipadamente de su realización e igualmente se les dé la oportunidad real de estar físicamente presentes y de participar en los mismos para la defensa de sus derechos.

Sin embargo, señala que el cumplimiento de las formas legales a través de las cuales se desarrolla este derecho de control de las pruebas no son de orden público, dado que si se evacúa una prueba a espalda de unos de los litigantes y éste no pide su nulidad, se convalida tal acto, en razón de que éste es un derecho renunciable por parte de su titular.

Igualmente señala que no todos los medios de prueba[13] están sujetos al control de la prueba: así, las declaraciones de parte, sean de conocimiento o de voluntad y la prueba documental, no están sujetas al control de la otra parte. Es en las pruebas simples donde este derecho toma importancia, las cuales se deben formar dentro de un proceso y para ese proceso.

Por otra parte nos indica que el control de la prueba simple está ligado al tipo de cosa juzgada que puede producirse en el proceso en el cual se valoran tales pruebas. Cuando el proceso está destinado a producir cosa juzgada formal y material, se requiere necesariamente que en la incorporación de las pruebas simples exista la oportunidad para ejercer el control de las mismas. Sin embargo, cuando el proceso no va a producir cosa juzgada, como en los procesos no contenciosos, o cuando sólo va a producir cosa juzgada formal, como suele suceder en los procesos sumarios, el control pleno de la prueba no es necesario, pues en los mismos el derecho a la defensa no se verá afectado, ya que, en la jurisdicción voluntaria la decisión que se toma deja a salvo los derechos de terceros y no produce cosa juzgada, y en los procesos donde no se produce cosa juzgada material existe siempre la posibilidad de revisar el

---

[12] Por ejemplo: concurrir al acto de realización de la experticia (Artc. 463 CPC); hacer observaciones al practicarse la inspección judicial (Artc. 474 CPC); realizar repreguntas al testigo (Artc. 485 CPC).

[13] Siguiendo a Montero, J. (2002). *Derecho jurisdiccional*. (T. II). Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 263: Se debe entender por medios de prueba, la actividad que la ley prevé necesaria realizar para incorporar una fuente de prueba.

fondo de la controversia y revocar la decisión adoptada[14], con lo cual se garantiza el ejercicio del derecho a la defensa.

b. Del derecho a la contradicción de la prueba

El derecho a la contradicción de las pruebas consiste en la posibilidad que debe tener la parte no promovente de unas pruebas en un proceso, de atacar u oponerse a la admisibilidad de las mismas con el objeto de que ellas no puedan ingresar a ese proceso y producir sus efectos; e igualmente, atacar, objetar e impugnar el resultado de las pruebas ya ingresadas al proceso por la parte contraria, para enervar sus efectos y evitar de esta manera que sean apreciadas por el juzgador.

El profesor Jesús Eduardo Cabrera ha señalado que el principio de contradicción está conformado por dos figuras: la oposición y la impugnación y está dirigido no sólo al medio de prueba ofrecido, sino al medio de prueba efectivamente recibido en el proceso, al indicar:

> Cuando una parte promueve un medio de prueba, inmediatamente surge para la contraria la posibilidad de rechazarlo en toda su integridad, y para ello, la ley procesal deberá señalar una oportunidad específica o genérica. El no promovente puede defenderse, la petición lo puede perjudicar, ante esa simple probabilidad, la ley tiene que darle chance de cuestionar en toda su extensión lo que se pide, independientemente que lo haga o no. Así como el derecho a la defensa en general, involucra la presentación de pruebas (necesidad de la prueba), asimismo envuelve la facultad de cuestionarlas (principio general de rechazo a las peticiones de las partes).
>
> El rechazo de una prueba propuesta por una de las partes, constituye la contradicción y puede asumir dos formas: Una, la oposición a la admisión, la cual tiene un sentido preventivo, se está tratando de que no se reciba el medio en el proceso, de que el mismo no forme parte de la instrucción. La otra, la impugnación tiene un sentido correctivo. ...(omissis) se busca que los hechos que pudo trasladar al proceso, no se aprecien, por no ser plenamente ciertos[15].

---

[14] Un ejemplo sería los juicios de ejecución de hipoteca mobiliaria, en cuya ley se establece: Artículo 72. Las decisiones dictadas en el procedimiento especial de ejecución regulado en los artículos anteriores no causarán cosa juzgada material, y el deudor, el hipotecante y el tercer poseedor tendrán derecho a ocurrir a la vía ordinaria en reclamación de los derechos que les correspondan.

[15] Cabrera, J. *Op. cit.*, (T. I), p. 30.

III. Las actividades probatorias del proceso penal

El Código Orgánico Procesal Penal configura el procedimiento penal en tres fases: a) La fase preparatoria; b) la fase intermedia; y c) el juicio o debate oral.

A. Fase preparatoria

El proceso penal puede comenzar de tres maneras: a) **De oficio**, por parte del Ministerio Público, cuando éste tenga conocimiento por cualquier medio de la perpetración de un hecho punible de acción pública[16], o por parte de autoridades policiales, cuando sean éstas las que tengan conocimiento de un hecho punible de acción pública[17]. b) **Por denuncia** interpuesta ante el Ministerio Público o cuerpo policial, por cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible[18]. c) **Por querella** interpuesta ante el juez de control por cualquier persona natural o jurídica que se considere víctima de un delito[19].

Iniciado el proceso por cualquiera de las formas antes señaladas, conforme lo establece el artículo 300 del Código Orgánico Procesal Penal, el Ministerio Público ordenará el inicio de la investigación, quedando de esta manera abierta la **fase preparatoria**, la cual comprenderá, tanto los actos procesales de fijación de los elementos materiales del delito, antes de que haya un imputado concreto, como también los actos llevados a cabo para corroborar o desvirtuar la participación del imputado a los efectos de la acusación.

---

16 Código Orgánico Procesal Penal: Artículo 283. Investigación del Ministerio Público. El Ministerio Público, cuando de cualquier modo tenga conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública, dispondrá que se practiquen las diligencias tendentes a investigar y hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.

17 Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 284. Investigación de la policía. Si la noticia es recibida por las autoridades de policía, éstas la comunicarán al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes.

18 Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 285. Facultades. Cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible puede denunciarlo ante un fiscal del Ministerio Público o un órgano de policía de investigaciones penales.

19 Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 292. Legitimación. Sólo la persona, natural o jurídica, que tenga la calidad de víctima podrá presentar querella.

El fin de la fase preparatoria es determinar en primer lugar si hay delito o no, y de haberlo, determinar si hay personas enjuiciables, y de ser así, establecer de manera clara y precisa los hechos que han de ser imputados, preparar la acusación y asegurar su posterior prueba en el juicio oral.

En la fase preparatoria se pueden distinguir tres tipos de actividades probatorias: A) Las que realiza el Ministerio Público o sus delegados a *motu proprio*; B) Las que realiza el Ministerio Público o sus delegados previa autorización del juez de control; y C) Las que practica o dirige el juez de control.

En el primer tipo de actividades, es decir, las que realiza el Ministerio Público o sus delegados a ***motu proprio***, se pude distinguir a su vez dos tipos de actuación: **a)** Las que realiza sin el control de nadie, dado que no se ha individualizado el imputado, y que son denominadas diligencias de investigación, las cuales se realizan con el fin de establecer la existencia o no del delito y, en caso afirmativo, determinar la probable responsabilidad de las personas implicadas[20]; y **b)** Las que realiza con participación del imputado, la víctima o sus representantes, tal como lo establece el artículo 306 del Código Orgánico Procesal Penal[21].

El segundo tipo de actividades son las que realiza el Ministerio Público o sus delegados, **previa autorización del juez de control**, con lo cual actúan como delegados de éste[22], ya que el juez de control les encomienda (autoriza) la realización de determinadas diligencias, tales como el allanamiento (Art. 210 COPP) y la ocupación e interceptación de correspondencia y comunicaciones (Art. 218 COPP).

El tercer grupo de actividades que pueden realizarse en la fase preparatoria son **las que practica o dirige el juez de control**, como son las

---

[20] Peréz, E. (2005). *La prueba en el proceso penal acusatorio* (2ª. ed.). Caracas: Vadell Hermanos, p. 217.

[21] Artículo 306. Participación en los actos. El Ministerio Público podrá permitir la asistencia del imputado, la víctima y de sus representantes, a los actos que se deban practicar, cuando su presencia fuere útil para el esclarecimiento de los hechos y no perjudique el éxito de la investigación o impida una pronta y regular actuación.

[22] Esta es la opinión de Cabrera, J. (1999). Algunas apuntaciones sobre el Sistema Probatorio del COPP en la Fase Preparatoria y en la Intermedia. *Revista de Derecho Probatorio*, 11. Caracas: Homero, p. 44.

pruebas anticipadas de reconocimiento, inspección o experticia, o toma de declaraciones[23], para las cuales deben citarse a las partes a los fines de que éstas puedan ejercer su derecho al control de la prueba, sin perjuicio de que en el juicio oral se pueda solicitar la repetición de la prueba anticipada, se realicen nuevos reconocimientos, o se exija la comparecencia del testigo o del experto que actuó en la prueba, si ello fuere posible, conforme lo establece el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal y el numeral 1 del artículo 339 *ejusdem*.

Los reconocimientos del imputado que establece el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal[24], forma igualmente parte de esta categoría de pruebas que puede adelantar el juez de control y que conforme el numeral 1 del artículo 339 del Código Orgánico Procesal Penal, las partes o el tribunal podrán exigir en el juicio oral la comparecencia personal del testigo, cuando sea posible.

B. Fase intermedia

La fase preparatoria culmina con la presentación de la acusación por parte del Ministerio Público ante el tribunal de control[25], cuando considere que de la investigación realizada emergen elementos probatorios suficientes para considerar que se ha cometido un delito imputable a una persona determinada.

Con la acusación presentada por el Ministerio Público se da paso a la fase intermedia, en la cual se van a definir las partes en el proceso penal.

---

[23] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 307. Prueba anticipada. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza y características deban ser consideradas como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al Juez de control que lo realice. Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración

[24] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 230. Reconocimiento del imputado. Cuando el Ministerio Público estime necesario el reconocimiento del imputado, pedirá al Juez la práctica de esta diligencia. En tal caso se solicitará previamente al testigo que haya de efectuarlo la descripción del imputado y de sus rasgos más característicos, a objeto de establecer si efectivamente lo conoce o lo ha visto anteriormente, cuidando que no reciba indicación alguna que le permita deducir cuál es la persona a reconocer.

[25] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 326. Acusación. Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, presentará la acusación ante el tribunal de control.
...(*omissis*).

Así, la víctima, si no se ha querellado en la fase preparatoria, podrá adherirse a la acusación realizada por el Ministerio Público o presentar acusación dentro de los cinco días luego de notificada para que concurra a la audiencia preliminar, con lo cual se hace parte en el proceso, adquiriendo los derechos, obligaciones y cargas que le corresponde a las mismas[26].

Las partes: Ministerio Público, víctima (acusador particular) e imputado, en esta fase del proceso, tienen la carga de promover los medios de prueba que deberán evacuarse en el juicio oral, a través de los cuales se incorporarán las fuentes de prueba que demostrarán los hechos sostenidos por cada uno de ellos.

Así, conforme lo establece el artículo 326 el Código Orgánico Procesal Penal, el Ministerio Público en el mismo escrito de acusación debe ofrecer los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación de su pertinencia o necesidad. Por su parte, la víctima (acusador particular), por remisión expresa que hace el artículo 327 del Código Orgánico Procesal Penal al artículo 326 *ejusdem*, en cuanto a los requisitos que debe cumplir el escrito de la acusación presentada por la víctima, ésta, igualmente en ese acto, debe ofrecer los medios de prueba que se presentarán en el juicio, con indicación asimismo de su pertinencia o necesidad.

Sin embargo, conforme lo establecen los numerales 7 y 8 del artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal, todas las partes, Ministerio Público, víctima (acusador particular) e imputado, cinco días antes de la celebración de la audiencia preliminar, podrán promover los medios de prueba necesarios para incorporar las fuentes de prueba captadas en la fase preparatoria o aquellas captadas con posterioridad a la misma[27].

---

[26] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 327. Audiencia preliminar. Presentada la acusación el Juez convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte.

La víctima podrá, dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación de la convocatoria, adherir a la acusación del Fiscal o presentar una acusación particular propia cumpliendo con los requisitos del artículo 326.

La admisión de la acusación particular propia de la víctima al término de la audiencia preliminar, le conferirá la cualidad de parte querellante en caso de no ostentarla con anterioridad por no haberse querellado previamente durante la fase preparatoria. De haberlo hecho, no podrá interponer acusación particular propia si la querella hubiere sido declarada desistida.

[27] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 328. Facultades y cargas de las partes. Hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia

Una vez promovidos los medios de prueba por las partes, tiene lugar la audiencia preliminar, cuyo fin es básicamente debatir sobre los hechos del proceso, sobre la calificación que se le han dado a los mismos y sobre la verosimilitud y viabilidad de la acusación, debiendo en consecuencia el tribunal de control decidir, entre otros aspectos, sobre la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de las pruebas ofrecidas por cada una de las partes para el juicio oral.

Es decir, las partes ejercerán su derecho de contradicción de la prueba en este acto, dado que en el mismo podrán cuestionar, criticar o refutar, los medios propuestos por su parte contraria.

Llevada a cabo la audiencia preliminar, el tribunal de control dictará el auto de apertura a juicio, en el cual deberá pronunciarse expresamente sobre las pruebas promovidas que se han admitido[28].

El auto de apertura a juicio deberá contener:

C. El juicio oral

Finalmente en la fase del proceso llamada juicio oral, se evacuarán todos los medios promovidos por las partes en la fase intermedia que hubiesen sido admitidos por el tribunal de control o las que se hubiesen promovido ante el tribunal de juicio con anterioridad al debate[29], actividad esta que se realizará con inmediación del juez que pronunciará la sentencia definitiva con presencia de las partes[30].

---

preliminar, el Fiscal, la víctima, siempre que se haya querellado o haya presentado una acusación particular propia, y el imputado, podrán realizar por escrito los actos siguientes:
... (*omissis*).
7. Promover las pruebas que producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad;
8. Ofrecer nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación fiscal.

[28] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 331. Auto de apertura a juicio. La decisión por la cual el Juez admite la acusación se dictará ante las partes.
... (*omissis*)
3. Las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes;
...

[29] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 343. Prueba complementaria. Las partes podrán promover nuevas pruebas, acerca de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar.

[30] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 332. Inmediación. El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes.

El orden en el cual se incorporan las pruebas en el debate, generalmente es el siguiente, sin perjuicio de las facultades del juez de juicio de establecer un orden diferente[31]:

- Declaración del acusado.
- Declaración de los expertos y realización de eventuales experticias.
- Declaración de los testigos.
- Lectura, exhibición y comentarios sobre documentos.
- Exhibición de la evidencia material.
- Audición de grabaciones y exhibición de material audiovisual.
- Inspección judicial.

En la incorporación de cada medio de prueba, la ley establece la oportunidad para que las partes ejerzan su derecho de control de los mismos; así, para los expertos y testigos, luego de que éstos declaran sobre los hechos objeto de la prueba, las partes podrán interrogarlos.

IV. De la valoración de pruebas en la fase preparatoria

Como se ha indicado, en la fase preparatoria se realizan una serie de diligencias o actos de investigación tendentes a descubrir los hechos criminales que se han producido, así como a las personas que los hayan podido cometer.

La doctrina ha sido conteste en señalar que tales diligencias de investigación realizadas durante la fase preparatoria del proceso[32] por parte del

[31] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 353. Recepción de pruebas. Después de la declaración del imputado el Juez presidente procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo.

[32] Si es que es una fase del proceso, ya que para el profesor Jesús Eduardo Cabrera «un proceso de naturaleza jurisdiccional sólo puede comenzar ante las autoridades judiciales» y dado que el Ministerio Público o la policía de investigación, que son las que llevan a cabo esta fase, no tienen tal carácter, mal podría entonces considerarse que el proceso penal comienza en esta fase preparatoria, de allí que para él el proceso comienza con la llamada fase intermedia, que es cuando el titular de la acción penal acude ante el Juez de Control a solicitar el sobreseimiento o a interponer la acusación (Cabrera, J. (1999). Algunas Apuntaciones sobre el Sistema Probatorio del COPP en la Fase Preparatoria y en la Intermedia. *Revista de Derecho Probatorio*. 11. Caracas: Homero, p. 10).

Ministerio Público, no tienen valor probatorio por sí solas[33], pues para que adquieran significado probatorio tienen que incorporarse legalmente al proceso, lo cual se hace mediante su ratificación en la fase de juicio, con inmediación del juez sentenciador y la presencia de las partes.

Sin embargo, se ha hablado de la *«dicotomía de la prueba»*[34] al explicarse que las pruebas en el proceso penal pueden tener un doble aspecto, dado que las fuentes de prueba que han sido captadas en la fase preparatoria e intermedia, sirven para la comprobación del cuerpo del delito, la individualización del imputado, su aseguramiento personal y el de sus bienes, el sobreseimiento o la decisión de enjuiciamiento, mientras que esas mismas fuentes de prueba en el juicio oral, sirven para la demostración de la responsabilidad del acusado o su inocencia.

La doctrina extranjera por su parte ha distinguido entre lo que son **actos de investigación y actos de prueba**, los cuales a pesar de coincidir, señalan que son instituciones diferentes:

1°) El acto de investigación se dirige a averiguar o descubrir algo que se desconoce; el acto de prueba se dirige a verificar la verdad de una afirmación de hecho realizada por la parte.

2°) El acto de investigación se realiza en el procedimiento preliminar; el acto de prueba, salvo los casos de prueba anticipativa, en el juicio oral.

3°) La fundamental diferencia consiste en la distinta función que cumplen en el proceso: el acto de investigación, aunque da resultados no ciertos sino probables, puede fundar las resoluciones interlocutorias que es preciso ir dictando en el procedimiento preliminar para que el proceso avance (por ejemplo, con base en esos actos se decide si se dicta auto de procesamiento o si se abre el juicio); estos actos no sirven para fundar la sentencia sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Los actos de pruebas son los que sirven para determinar la convicción del juzgador sobre la existencia del hecho punible y la participación del acusado, de modo que la presunción de inocencia ha de ser desvirtuada precisamente en el juicio oral y por los actos de prueba.

4°) También existen diferencias por la forma de ejecutarlos, pues el acto de investigación puede practicarse sin contradicción si la investigación así lo exige (v.gr., por estar declarado el secreto del artículo 302 LECRIM);

---

[33] Cabrera, J. (1999). Algunas apuntaciones sobre el Sistema Probatorio del COPP en la Fase Preparatoria y en la Intermedia. *Revista de Derecho Probatorio*. 11. Caracas: Homero, p. 24.

[34] Peréz, E. *Op. cit.*, p. 116.

mientras que los actos de prueba se deben practicar siempre con audiencia de todas las partes[35].

Conforme a esta doctrina, los actos de investigación y los actos de pruebas son instituciones diferentes, dado que los primeros sirven para fundamentar decisiones interlocutorias que hacen posible que el proceso avance, mientras que los segundos dan convicción al juez sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

A pesar de las diferencias anotadas por la doctrina antes indicada, ésta no determina verdaderamente las naturalezas jurídicas de cada una de esas instituciones (actos de investigación y actos de prueba), pues a la final los actos de investigación al servir de fundamento fáctico de decisiones interlocutorias, no hacen otra cosa que fungir como pruebas en las cuales se fundamentan esos actos jurisdiccionales, al igual que lo hacen los actos de prueba para la decisión definitiva del proceso.

De allí que el profesor Jesús Eduardo Cabrera[36] ha advertido que con medios no formados en debate y por tanto sin el debido control y contradicción del acusado, se puedan probar una serie de hechos en procedimientos que conoce el juez de control, al señalar:

> De este cuadro que puede no ser definitivo (recuérdese que éstas son unas apuntaciones) los procedimientos del grupo C requieren pruebas de los hechos que allí se invocan, pero estas pruebas no necesitan formarse en presencia del Juez de control. Se trata de una situación probatoria especial, que tal vez merezca una monografía, y que simplemente nos limitamos a resaltar, ya que con las solas actas, documentos y otras pruebas (muchas sin autenticidad alguna), que se presentan con las peticiones, el Juez resuelve.

Este problema parece haberse vislumbrado desde tiempos remotos por la doctrina clásica del Derecho Procesal, pues Francesco Carnelutti ya señalaba lo siguiente:

> Esto significa, fuera de toda metáfora, que la eficacia de las pruebas asumidas en el curso de la encuesta, debe limitarse a los fines de la encuesta; tales pruebas pueden servir solamente para la decisión del ministerio público sobre el punto de si debe o no debe pedir la autorización del juez para castigar, no, en cambio, para la decisión del juez de si la autorización debe darse o no.

---

35 Montero, J. *et al.* (2002). *Derecho Jurisdiccional.* (T. III). Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 154.

36 Cabrera, J. *Op. cit.*, p. 267.

> Si el ministerio público cree que las pruebas asumidas por él pueden servir al juez en el proceso definitivo, las propondrá en apoyo de su demanda; en particular, pedirá que sean interrogados el imputado y los testigos, como hacen las partes en el proceso civil; pero los elementos de convicción del juez no podrán ser proporcionados sino por lo que ha ocurrido ante él, o sea por lo que él ha visto u oído[37].

No obstante la doctrina parece aceptar la idea de que el juez de control pueda adoptar decisiones con fundamento en las pruebas emanadas de las diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Público, dado que se ha indicado que el juez de control durante la fase preparatoria, a los fines de decidir sobre la adopción de medidas cautelares, tiene que verificar (lo que implica valoración de pruebas) que existe un hecho punible y que hay elementos (probatorios) que indican que el imputado es quien ha cometido tal hecho, señalándose:

> La comprobación de estos aspectos pasa por un debate de prueba que, en el sistema acusatorio, tiene que producirse ante el juez y, por tanto, las partes acusadoras tienen que mostrar cuáles son las pruebas que acreditan la existencia del delito y la posible responsabilidad del imputado[38].

Asimismo, señala la doctrina, que en la fase intermedia el juez de control debe valorar las diligencias o actos de investigación que el Ministerio Público adelantó durante la fase de investigación, a los fines de decidir si admite la acusación y decreta la apertura al juicio oral o por el contrario establece que no hay méritos para continuar el proceso y decretar el sobreseimiento, al señalar:

> De tal manera, en la audiencia preliminar el juez puede verse obligado a valorar si unos elementos de prueba son idóneos o no para admitir la acusación y decretar la apertura al juicio oral, y en caso afirmativo, admitirlos, a su vez, como buenos para el juicio oral. Pero en caso contrario, la valoración de los resultados de la investigación (pruebas y no otra cosa se llama eso creo) conducirá a que no hay mérito para continuar el proceso y se decretará el sobreseimiento[39].

---

[37] Carnelutti, F. (1971). *Derecho Procesal Civil y Penal* (T. II). (Trad. S. Sentís). Buenos Aires: E.J.E.A. p. 111. (Original italiano, 1958).

[38] Peréz, E. *Op. cit.*, p. 124.

[39] Peréz, E. *Op. cit.*, p. 126.

De lo señalado hasta ahora pudiera advertirse por lo menos tres decisiones que el juez de control puede tomar durante las fases preparatoria e intermedia que implica una valoración de pruebas, como lo son: la privación preventiva de libertad del imputado, la admisión de la acusación o el sobreseimiento.

Para la privación preventiva de libertad del imputado, conforme lo señala el artículo 250 Código Orgánico Procesal Penal, el juez necesariamente debe constatar la existencia de fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido el autor o partícipe en la comisión de un hecho punible[40].

Al señalar la norma que el juez debe constatar la existencia de fundados elementos de convicción, necesariamente está haciendo referencia a que él debe hacer una valoración[41] de las pruebas que el Ministerio Público le ha suministrado a través de las diligencias o actividades de investigación realizadas en la fase preparatoria, dirigidas a crear en el juez, quizás con menor intensidad que la plena prueba, la convicción de que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible, lo cual se encuentra en consonancia con lo establecido en el artículo 246 del Código Orgánico Procesal Penal que señala las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme resolución judicial fundada[42].

---

[40] **Artículo 250. Procedencia.** El Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de:

... (*omissis*);

2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible;

[41] Se debe entender por valoración de las pruebas «la actividad psicológica del juez en la formulación de la premisa menor del silogismo sentencial (llamado también silogismo fáctico) en el cual se aprecian los medios promovidos para extraerse de ellos las pruebas que permitan la fijación de los hechos y la aplicación de la consecuencia jurídica de la norma para el caso concreto». (Rosich, A. (2000). Principios Probatorios y de Valoración de las Pruebas en el Proceso Dispositivo Civil y en el Procedimiento Administrativo. *Revista de Derecho Probatorio*. 12. Caracas: Alva, p. 219).

[42] **Artículo 246. Motivación.** Las medidas de coerción personal sólo podrán ser decretadas conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada. Esta se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a los afectados.

Dado el principio de presunción de inocencia que rige en el proceso penal, no puede bastar el sólo señalamiento del Ministerio Público de que determinada persona ha cometido un delito, para que el juez pueda decretar la privación preventiva de libertad de ésta, sino que es necesario que existan elementos probatorios que revelen, por lo menos como indicio, que ella ha participado de tal hecho, pues de lo contrario tal principio perdería vigencia en este tipo de decisiones.

Por otro parte, el artículo 331 del Código Orgánico Procesal Penal[43] establece dos tipos de decisiones que debe tomar el juez de control al finalizar la audiencia preliminar; una está referida a la admisión de la acusación y otra a la apertura a juicio.

Respecto la decisión sobre la admisión de la acusación, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que la misma es una decisión de fondo, al indicar que:

> Hay una primera providencia que describe el encabezamiento de la preindicada disposición legal, **la cual contiene materia de fondo que, de ninguna manera, puede ser calificada como de mero trámite o mera sustanciación**, razón por la cual debe estar sometida, necesariamente, al enunciado general de la garantía constitucional de la apelabilidad de las decisiones jurisdiccionales, con base en lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Constitución, así como en instrumentos normativos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por la República, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (artículo 8.2.h.). La conclusión de que el dispositivo que se comenta forma parte de un pronunciamiento jurisdiccional inapelable, significaría la existencia de una disposición legal que impone un evidente y grave menoscabo del derecho constitucional a la defensa (*Destacado adicionado*)[44].

---

[43] **Artículo 331. Auto de apertura a juicio.** La decisión por la cual el Juez admite la acusación se dictará ante las partes.

El auto de apertura a juicio deberá contener:

... (*omissis*);

2. Una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda; y, de ser el caso, las razones por las cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación;

[44] Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional (2002). *Sentencia N° 746 de fecha 08 de abril de 2002* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

En consecuencia, al constituir la admisión de la acusación una decisión de fondo, de conformidad con lo establecido en el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal[45], la misma tiene que ser motivada.

La motivación de los fallos implica que el operador de justicia explique con suficiente claridad, las razones o motivos que sirven de sustento a la decisión judicial, lo que involucra el análisis de los alegatos expuestos por las partes así como de las pruebas a través de los cuales se acrediten los mismos[46].

La motivación debe cubrir dos aspectos: los hechos en los cuales se fundamenta la decisión y las normas jurídicas que aplica como consecuencia de la subsumisión de esos hechos en el supuesto general y abstracto de las normas. La motivación en cuanto a los hechos abarca establecimiento y apreciación de los mismos por parte del operador de justicia, para lo cual debe establecer previamente cuáles de ellos tienen carácter de controvertidos y analizar todas las pruebas que sean incorporadas en el proceso.

Para la debida motivación de la decisión referida a la admisión de la acusación, el juez de control debe en consecuencia analizar las diligencias o actividades de investigación llevadas a cabo por el Ministerio Público o sus delegados en la fase de investigación y determinar si de las mismas emergen elementos probatorios que indiquen que se ha cometido un hecho que genera responsabilidad penal para el imputado.

Sobre este aspecto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado:

> En ese sentido, esta Sala destaca que el tribunal de control al admitir la acusación, debe señalar, entre otros aspectos y en la respectiva decisión, **una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos**, su calificación jurídica provisional y **una exposición sucinta de los motivos en que se funda** y, de ser el caso, las razones por las cuales se aparte de la calificación jurídica de la acusación fiscal. Para plasmar lo anterior en su pronunciamiento, el

[45] **Artículo 173. Clasificación. Las decisiones del tribunal serán emitidas mediante sentencia o auto fundados, bajo pena de nulidad, salvo los autos** de mera sustanciación (*Destacado adicionado*).

[46] Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional (2002). *Sentencia N° 742 de fecha 12 de agosto de 2002* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

tribunal de control debe analizar, **tomando en cuenta los alegatos de la defensa del imputado y de la víctima**, si la hubiere, los fundamentos del fiscal del Ministerio Público para poder estimar que ellos son propicios para que se inicie un juicio oral y público contra el acusado.

Ese análisis, por lógica, deviene del contenido de la acusación y, por tanto, tiene que ver con el estudio de la exposición o planteamiento adecuado hecho por el Ministerio Público **que lo llevó a considerar que existían elementos de convicción contra un ciudadano**, para abrírsele un juicio oral y público por la presunta comisión de un delito determinado[47] (*Destacados adicionados*).

De tal manera que esta decisión del juez de control involucra también una valoración de pruebas de su parte, entre las que figuran, como se ha señalado, las que emergen de las diligencias o actividades de investigación llevadas a cabo por el Ministerio Público.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia pareciera ver diferente las cosas pues señala que el examen de las pruebas que se hace en la fase intermedia se realiza en conjunto y sólo para determinar si las mismas son idóneas, al indicar:

Precisamente, por ser estos principios, de suma importancia en las distintas fases del proceso, es por lo que los jueces, y sobre todo los jueces de control, como garantes de la igualdad entre las partes, deben dirigir el acervo probatorio, ya que, en la fase intermedia se va a determinar de acuerdo a los actos procesales, si habrá juicio oral o no, pues el examen de la prueba en esta fase es sólo de conjunto y respecto a su idoneidad, a fin de determinar la sustentabilidad de la acusación y la posibilidad de adoptar medidas alternativas a la prosecución[48].

Como se ha indicado, consideramos que el juez de control para admitir la acusación debe hacer una verdadera valoración de las pruebas a los fines de poder motivar esa decisión, lo cual no se logra con un simple análisis de la idoneidad de los medios de prueba presentados por el Ministerio Público, sino que debe examinar cada medio para saber qué

---

47 Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional (2004). Sentencia N° 1824 de fecha 24 de agosto de 2004 [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

48 Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala de Casación Penal (2003). *Sentencia N° 203 de fecha 27 de mayo de 2003* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

hechos se prueban con ellos y si tales hechos se pueden subsumir en el supuesto de hecho de la norma cuya consecuencia jurídica es solicitada en la acusación fiscal que se aplique.

Finalmente se debe señalar que el juez de control puede igualmente en esta etapa intermedia declarar el sobreseimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal. A tales fines, entre los requisitos que debe cumplir el auto por el cual se declare ese sobreseimiento, se encuentra el referido a expresar las razones de hecho y de derecho en que se funda la decisión, conforme lo establece expresamente el artículo 324 del Código Orgánico Procesal Penal[49].

Consideramos que la solicitud de sobreseimiento es una defensa que puede hacer valer el imputado en la fase intermedia y por tanto éste tiene derecho a plantearlo, para lo cual el juez de control a los fines de cumplir con la debida motivación que amerita esta decisión de sobreseimiento, debe analizar igualmente las diligencias o actividades de investigación llevadas a cabo por el Ministerio Público o sus delegados en la fase de investigación y determinar si de las mismas emergen elementos probatorios que indiquen si el hecho delictivo que se investiga verdaderamente ocurrió y si tal hecho puede o no atribuírsele al imputado y no como lo ha señalado la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia[50], respecto a que el juez de control sólo puede decretar el sobreseimiento cuando el mismo sea demasiado evidente, pues ello haría nugatorio el derecho del imputado de plantear esta defensa y de encontrar respuesta en esta fase del proceso.

Por tanto esta decisión del Juez de Control involucra igualmente una valoración de pruebas, entre las que figuran, como se ha señalado, las que emergen de las diligencias o actividades de investigación llevadas a cabo por el Ministerio Público.

---

[49] **Artículo 324. Requisitos.** El auto por el cual se declare el sobreseimiento de la causa deberá expresar:

... (*omissis*)

3. Las razones de hecho y de derecho en que se funda la decisión, con indicación de las disposiciones legales aplicadas.

[50] En sentencia de fecha 27 de mayo de 2003, N° 203, en la cual señaló: «Innegablemente, la norma en cuestión, no deja dudas al respecto, pues debe entenderse que siempre deberán tenerse presentes los supuestos establecidos en el artículo 218 *ejusdem*, y dictarse sobreseimiento cuando el mismo sea demasiado evidente».

V. Inconstitucionalidad por violación al derecho a la defensa de la valoración de las pesquisas

Como se ha indicado en el capítulo anterior, existen por lo menos tres decisiones (privación preventiva de libertad, admisión de la acusación o el sobreseimiento de la causa) que el juez de control puede tomar en la fase de investigación o en la intermedia, las cuales necesariamente involucran el análisis y valoración de pruebas, que en su mayoría son formadas de manera unilateral por el Ministerio Público sin intervención del juez de control, pues a éste sólo se le atribuye un poder de vigilancia[51] y, algunas de ellas, sin el control o contradicción del imputado.

La doctrina ha sido conteste en señalar que las diligencias o actuaciones de investigación llevadas a cabo por el Ministerio Público o sus órganos delegados, carecen de valor probatorio, pues para que adquiera significación probatoria amerita que sean controladas dentro del proceso jurisdiccional.

En este sentido el profesor Jesús Eduardo Cabrera ha señalado:

> Consecuencia del principio acusatorio es que la actividad documentada por la policía o el Ministerio Público, resultante de sus pesquisas, carece de valor probatorio a menos que en el debate probatorio del juicio oral se incorporen y ratifiquen las pruebas recogidas en la investigación, ya que ellas *per se* no deben tener valor alguno si no son controladas, (como parte del principio de contradicción) dentro del proceso, lo que significa que las probanzas de las partes deben formarse o constituirse dentro del juicio y no fuera de él[52].

Roberto Delgado Salazar señala:

> Ello aunque, en principio, consideramos que no debe hablarse de «*pruebas*» en esta fase del proceso, sino de «*diligencias de investigación*», como así las mencionan las disposiciones del COPP, a menos que se trate de esas llamadas

[51] Código Orgánico Procesal Penal. **Artículo 282. Control judicial.** A los jueces de esta fase les corresponde controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en este Código, en la Constitución de la República, tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República; y practicar pruebas anticipadas, resolver excepciones, peticiones de las partes y otorgar autorizaciones.

[52] Cabrera, J. *Op. cit.*, p. 17.

pruebas anticipadas, ya que, en puridad, pruebas son las que se incorporan al debate del juicio oral y público[53].

Eric Pérez Sarmiento ha indicado:

> Por tanto los actos de investigación no son en sí mismos medios de prueba, sino actuaciones destinadas a la búsqueda de las pruebas y por ello hay actos de investigación fructíferos y actos de investigación infructíferos[54].

Por tanto, parece contradictorio que si esas diligencias o actividades de investigación no tienen valor probatorio, sin embargo son apreciadas y valoradas por el juez de control para fundamentar las decisiones antes señaladas.

Consideramos que esta configuración legal del proceso penal, involucra una violación a la garantía constitucional del debido proceso por parte del legislador, al no establecerse en el procedimiento la oportunidad para que el imputado afectado por estas decisiones del juez de control, ejerza previamente su derecho a la defensa a través del control y contradicción de las probanzas que este juez luego valora para tomar tales decisiones y a las cuales el imputado no ha tenido oportunidad de estar presente a fin de controlarlas y/o contradecirlas.

Como se ha señalado en los capítulos I y II de este trabajo, uno de los aspectos que tutelan la garantía del debido proceso, son las oportunidades procesales para que las partes puedan ejercer la contradicción y control de la prueba, en ejercicio del derecho de defensa, razón por la cual si la ley no establece tales oportunidades, se estará afectando dicha garantía constitucional.

Esta incongruencia de la ley relacionada con el derecho a la defensa de los justiciables, la doctrina ha querido justificarla fundamentándose en la autenticidad extrínseca que el Ministerio Público le imprime a las actas que recogen esas diligencias o actividades de investigación, conforme lo establecido en el artículo 1-A de la Ley Aprobatoria del Convenio para Suprimir la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos

---

[53] Delgado, R. (2007). Las *pruebas en el Proceso Penal Venezolano* (3ª. ed.). Caracas: Vadell Hermanos, p. 41.

[54] Peréz, E. *Op. cit.*, p. 210.

Extranjeros[55], y la calidad de documento público administrativo que éstas adquieren, lo que permitía que tales probanzas fueran tomadas en cuentan por el juez de control, sin el necesario control y contradicción del imputado, al señalar:

> Sólo esa naturaleza explica que el Juez de control para tomar algunas decisiones en la fase intermedia, fundándolas en el material probatorio que le aporta el Ministerio Público, no requiera que éste le ratifique esas probanzas presentadas ante él, bastándole sólo las actas, ya que el COPP no prevé para esta etapa, tales ratificaciones[56].

Sin embargo, a nuestro parecer, ello no resuelve el problema de violación de la garantía al debido proceso, pues si bien tales actuaciones adquieren la calidad de documento público administrativo, el mismo difiere del documento público que establece el artículo 1.358 del Código Civil, en el hecho de que éstos (público administrativo) sólo crean una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad que le atribuye el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[57], y por tanto los hechos en ellos contenidos deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario, de tal manera que el imputado puede desvirtuarlos a través de cualquier medio de prueba que demuestre que esos hechos no son ciertos.

De allí entonces que el imputado pudiera estar interesado en promover diferentes medios de prueba que desvirtúen los hechos emanados

---

[55] **Artículo 1:**

El presente Convenio se aplicará a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado Contratante y que deban ser presentados en el territorio del otro Estado Contratante.

A los efectos del presente Convenio se considerarán como documentos públicos los siguientes:

a) los documentos que emanen de una autoridad o funcionario vinculado a cortes o tribunales del Estado, incluyendo los provenientes del Ministerio Público, o de un secretario, oficial o agente judicial.

[56] Cabrera, J. *Op. cit.*, p. 17.

[57] En este sentido: Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala de Casación Civil (2003). *Sentencia N° RC.00209 de fecha 12 de agosto de 2002* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

de las actas fiscales, sin contar con una oportunidad procesal para ello, como se verá más adelante.

Esto pareciera ser restos de lo que era el anterior proceso penal regido por el sistema inquisitivo, en donde ante la posibilidad de que las pruebas de los hechos objeto de las pericias, reconocimientos judiciales y reproducciones desaparecieran, el principio de control de la prueba debía ceder y las probanzas del sumario penal se convertían en una suerte de pruebas anticipadas de la naturaleza de la inspección ocular *extra-litem*, no obstante que ahora la situación para las decisiones a las cuales se está haciendo referencia se torna más grave, pues en el sistema inquisitivo, las pruebas del sumario por lo menos eran recabadas por el tribunal, mientras que ahora son recabadas por el Ministerio Público o sus delegados, quien es la parte acusadora del proceso, lo que atenta contra el principio probatorio de *alteridad*, según el cual nadie puede formar unilateralmente una prueba a su favor y a espalda de contra quien se la hace valer.

Sin embargo, como se indicaba en el capítulo II de este trabajo, el control de la prueba simple está ligado al tipo de cosa juzgada que puede producirse en el proceso en el cual se valoran las pruebas, dado que si la decisión no produce cosa juzgada material, sino sólo formal, el hecho de que las partes no tengan oportunidad para ejercer el control de la prueba, no afecta su derecho a la defensa, pues la decisión podrá ser revisada posteriormente en cuya oportunidad se ejercerá el derecho a la defensa.

Esto sucede con las medidas cautelares en el proceso civil, las cuales tienen como características la provisionalidad y variabilidad, la cual consiste en que una vez desaparezcan las circunstancias fácticas que hicieron procedente decretarlas, la medida puede ser revocada, pues ya no existen los motivos por los cuales se hizo necesario decretarlas, lo cual no se contrapone al hecho de que la decisión cautelar haya adquirido firmeza y goce de la presunción de cosa juzgada, dado que las decisiones que se dictan en el procedimiento cautelar no crean cosa juzgada material, sólo cosa juzgada formal, lo que permite dictar nuevas decisiones de naturaleza cautelar en el mismo proceso.

Así, en el proceso penal, se observa que la medida de privación preventiva de la libertad, que precisamente es una de las decisiones que se han estado analizando bajo la visión de la garantía al debido proceso,

está sujeta a revocación, ya sea una vez que el imputado es aprehendido y es presentado ante el juez[58] o en virtud de lo preceptuado por el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual señala:

> Artículo 264. Examen y revisión. El imputado **podrá solicitar la revocación o sustitución de la medida judicial de privación preventiva de libertad las veces que lo considere pertinente**. En todo caso el Juez deberá examinar la necesidad del mantenimiento de las medidas cautelares cada tres meses, y cuando lo estime prudente las sustituirá por otras menos gravosas. La negativa del tribunal a revocar o sustituir la medida no tendrá apelación (*Destacado adicionado*).

De tal manera que es forzoso concluir que este tipo de decisiones tomadas por el juez de control no causan cosa juzgada material, pues el juez siempre puede revisar la procedencia de la medida, con lo cual pudiera llegarse a la conclusión de que el derecho a la defensa no se ve afectado por la falta de control y contradicción de la prueba por parte del imputado, pues tal decisión puede ser revisada en cualquier momento.

Sin embargo si se observa el procedimiento establecido para tales cautelas, **el mismo no prevé posibilidad para el imputado de aportar pruebas,** o mejor dicho, contrapruebas, diferentes a las que se incorporen al proceso principal a solicitud del imputado[59], ni mucho menos **prevé la ratificación de las pruebas** en las cuales el juez de control fundamentó la decisión sobre la medida, a los fines de que el imputado pueda participar en esa ratificación y satisfacer así su derecho de control y contradicción, como sí sucede en el proceso civil[60], en el cual a pesar de que las medidas

---

[58] **Artículo 250. Procedencia.** El Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de:

... (*omissis*)

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su aprehensión, el imputado será conducido ante el Juez, quien, en presencia de las partes y de las víctimas, si las hubiere, resolverá sobre mantener la medida impuesta, o sustituirla por otra menos gravosa.

[59] Código Orgánico Procesal Penal. Artículo 305. Proposición de diligencias. El imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el proceso y sus representantes, podrán solicitar al fiscal la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público las llevará a cabo si las considera pertinentes y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan.

[60] Código de Procedimiento Civil. Artículo 602.- Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o

cautelares son acordadas con las solas pruebas que el actor le presenta al juez, una vez practicada la medida o citado el demandado, éste puede hacer oposición, abriéndose en todo caso una articulación probatoria, dentro de la cual deberán ratificarse las pruebas traídas por el actor a los fines del decreto de la medida.

El imputado de acuerdo a lo establecido en los artículos 125.5 y 305 del Código Orgánico Procesal Penal tiene derecho a pedir al Ministerio Público se practiquen las diligencias de investigación que él crea necesarias para desvirtuar las imputaciones que se le formulan y conforme lo señalado por la doctrina[61], tales pruebas son dirigidas para que surtan efectos precisamente en la fase preparatoria, dado que son dirigidas al Ministerio Público como director de la instrucción, a los fines de convencerlo de la inexistencia del hecho imputado o de su inocencia o de circunstancias atenuantes o de que los hechos reales son menos graves.

Sin embargo, conforme lo observa el profesor Jesús Eduardo Cabrera[62], el Ministerio Público puede negar la práctica de tales diligencias de investigación y en ese caso el imputado sólo tiene el mecanismo de la prueba anticipada para incorporar sus pruebas durante esta fase de la investigación, no obstante, se pregunta: ¿qué pasa si los hechos que el imputado quiere demostrar no pueden ser introducidos por los medios de prueba establecidos en el artículo 307 del Código Orgánico Procesal Penal?[63]; para el citado profesor el imputado podrá acudir al juez de

---

dentro del tercer día siguientes a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.

Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos.

En los casos a que se refiere el artículo 590, no habrá oposición, ni la articulación de que trata este artículo, pero la parte podrá hacer suspender la medida como se establece en el artículo 589.

[61] Peréz, E. *Op. cit.*, p. 225.

[62] Cabrera, J. *Op. cit.*, p. 196.

[63] **Artículo 307. Prueba anticipada.** Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza y características deban ser consideradas como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al Juez de control que lo realice. Si el obstáculo no existiera para la fecha del debate, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

control y pedir que se ordene al Ministerio Público la evacuación de tales diligencias probatorias, lo cual deberá resolver conforme lo establecido en el artículo 291 del Código Orgánico Procesal Penal[64].

A nuestro parecer, en el supuesto de que el Ministerio Público niegue en forma ilegítima la solicitud del imputado de realizar las diligencias de investigación que éste crea necesarias para la aportación de pruebas que desvirtúen los hechos conforme a los cuales se tomó la decisión de privación preventiva de la libertad, consideramos que sería posible el ejercicio de una acción de amparo constitucional, por violación del derecho a la defensa, dado que conforme lo establecido en el artículo 125.5 del Código Orgánico Procesal Penal, el imputado tiene derecho a pedir al Ministerio Público la realización de las diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen, derecho éste que no es más que una manifestación del derecho a la defensa que le otorga la Ley.

En tal caso sería competente el tribunal de control que estuviera conociendo de la investigación, dado que el mismo tiene encomendada entre sus competencias el hacer respetar las garantías procesales, conforme se desprende del artículo 64 del Código Orgánico Procesal Penal y el velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales, conforme se desprende del artículo 282 *ejusdem*, y dado que la actuación lesiva del derecho constitucional a la defensa la ha ocasionado una de las partes en el proceso[65] como lo es el Ministerio Público, en consecuencia éste sería competente conforme al criterio asentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al establecer las diferentes competencias para el proceso de amparo constitucional, la cual señaló:

> Cuando las violaciones a derechos y garantías constitucionales surgen en el curso de un proceso **debido a actuaciones de las partes**, de terceros, de auxiliares de justicia o de funcionarios judiciales diferentes a los jueces, el

[64] **Artículo 282. Control judicial.** A los jueces de esta fase les corresponde controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en este Código, en la Constitución de la República, tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República; y practicar pruebas anticipadas, resolver excepciones, peticiones de las partes y otorgar autorizaciones.

[65] De adoptarse la tesis de que esta fase preparatoria forma parte del proceso penal.

amparo podrá interponerse ante el juez que esté conociendo la causa, quien lo sustanciará y decidirá en cuaderno separado. (Subrayado adicionado)[66].

Este al parecer es el criterio de competencia sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para conocer de acciones de amparo constitucional, cuando la lesión es producida por los fiscales del Ministerio Público que actúan en una causa, al señalar:

> De allí que, visto que en el presente caso se señaló como agraviante al Fiscal Séptimo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, extensión Valles del Tuy, en virtud de que el mismo había interpuesto acusación contra la accionante, **sin haber practicado una diligencia que ésta había solicitado conforme al artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal**, esta Sala precisa que no es competente para conocer y decidir el presente amparo, en primera instancia, conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara.
>
> Ahora bien, para determinar cuál es el tribunal competente para conocer y decidir el presente amparo, se observa, según lo alegado por la accionante, que el Fiscal Séptimo del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, extensión Valles del Tuy, propuso acusación ante el Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, extensión Valles del Tuy. En ese orden de ideas, se hace notar que el referido Tribunal de Control conoce de una actuación proferida por una de las partes en el curso de un proceso penal, específicamente en la fase preparatoria.
>
> En ese sentido, esta Sala, en la referida sentencia del 20 de enero de 2001, caso: Emery Mata Millán, señaló lo siguiente:
>
> ... (*omissis*)
>
> Por tanto, **al ser el Ministerio Público parte en el proceso penal** que conoce el Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda, extensión Valles del Tuy, en virtud de la acusación propuesta por el Fiscal Séptimo, esta Sala precisa, congruente con la sentencia señalada supra, que **dicho Juzgado es el competente** para conocer y decidir el presente amparo (Subrayado adicionado)[67].

---

[66] Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional (2000). *Sentencia N° 01 de fecha 20 de enero de 2000* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

[67] Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional (2002). *Sentencia N° 1509 de fecha 03 de julio de 2002* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

En consecuencia, el imputado afectado por la negativa del Ministerio Público de evacuar diligencias de investigación solicitada, podría acudir al mecanismo del amparo constitucional, caso en el cual, el juez de control actuando como juez constitucional ordenaría al Ministerio Público la realización de tales diligencias de investigación, sin embargo como apunta el mismo profesor Jesús Eduardo Cabrera:

> Pero ¿cómo el Juez de control obliga al Ministerio Público a cumplir, si considera que el peticionante tiene razón? Este es el punto álgido del asunto, ya que hasta puede el investigador fingir que cumple y no hacer lo ordenado, o realizarlo incorrectamente[68].

De allí que concluye que la negativa expresa o tácita del Ministerio Público en la evacuación de la diligencias de investigación solicitadas por el imputado no puede ser atacada de inmediato, porque no conduciría a nada, y sólo podría atacarse en la fase de intermedia o en el juicio oral, como violación del derecho a la defensa.

En consecuencia, consideramos que a pesar de que la decisión referente a la privación preventiva de la libertad del imputado no causa cosa juzgada material, no obstante persiste un violación de la garantía constitucional al debido proceso, al no consagrar el Código Orgánico Procesal Penal oportunidad alguna para que el imputado pueda controlar y contradecir las pruebas en las cuales se fundamentó esa decisión, como sí sucede en el Código de Procedimiento Civil para las medidas cautelares.

En cuanto a las otras dos decisiones que se vienen analizando (admisión de la acusación y sobreseimiento del imputado), se pudiera pensar igualmente que éstas no causan cosa juzgada material, dado que el efecto que producen (someter a juicio al imputado en caso de que admita la acusación o rechace la solicitud de sobreseimiento) pudiera ser revocado por la decisión definitiva tomada en el juicio oral, en la cual se desestime la acusación interpuesta, trasladándose la oportunidad para que el imputado pueda ejercer su derecho de control y contradicción de las pruebas, al momento de celebrarse el juicio oral.

Sin embargo, si el gravamen que ocasiona estas decisiones para el imputado es precisamente el hecho de que tenga que someterse a un juicio, la decisión definitiva no podrá de ninguna manera reparar ese

[68] Cabrera, J. *Op. cit.*, p. 197.

agravio. No obstante, consideramos que para resolver este punto se debe aplicar en forma analógica lo dicho por la jurisprudencia de la Casación Civil respecto al auto de admisión de la demanda en el proceso civil, la cual ha señalado que éste es un auto decisorio y para el caso que se admita la demanda, cualquier recurso que se intente en su contra deberá regirse por el principio de concentración procesal, según el cual, el gravamen jurídico que causare dicha decisión, sólo podrá ser reparado por la sentencia definitiva, al indicar:

En efecto, en decisión de fecha 16 de marzo de 1988, con ponencia del magistrado Dr. Adán Febres Cordero, la Sala expresó lo siguiente:

> La admisión de la demanda, en el sistema procesal acogido por el legislador de 1987, es un típico auto decisorio sobre los presupuestos procesales ...(*omissis*). Si la demanda es admitida, cualquier recurso que se intentare deberá regirse por el principio de la concentración procesal, según el cual el gravamen jurídico que causare dicha decisión, sólo podrá ser reparado o no en la sentencia definitiva que sobre el mérito de la controversia deberá dictarse[69].

Sin embargo, pareciera que esta prevalencia del principio de concentración sobre la apelabilidad del auto que admite la acusación, no es aplicable para el proceso penal, pues en sentencia comentada *supra*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señaló que la inapelabilidad que establece el artículo 331 del Código Orgánico Procesal Penal, está referida sólo al auto de apertura a juicio y no a la decisión a través de la cual admite la apelación, al indicar:

> El auto descrito en el segundo párrafo de la precitada disposición legal está referido a previsiones meramente de procedimiento, que no causan ningún tipo de gravamen o perjuicio a las partes; es, en consecuencia, un auto de mero trámite o de mera sustanciación. Y es, por tanto, éste el auto al cual el legislador atribuyó la cualidad de inapelabilidad, por cuanto se trata de un auto de mero trámite que, por tanto, no es susceptible de afectar ni lesionar los derechos e intereses de las partes. Por la misma razón, se concluye que, respecto de dicho auto, tampoco es admisible la acción de amparo constitucional. Así se declara[70].

---

[69] Pierre Tapia, O. (1995). *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* (T. 8-9). Caracas: Pierre Tapia, p. 275.

[70] Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional (2002). *Sentencia N° 742 de fecha 12 de agosto de 2002* [Base de datos en línea]. Consultada el 03 de octubre de 2007 en: www.tsj.gov.ve

En todo caso nos inclinamos por pensar que desde el punto de vista jurídico (y no fáctico), el auto que admite la acusación no causa un gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, momento en el cual el acusado tendrá oportunidad para ejercer su derecho de control de las pruebas que sirvieron de fundamento del citado auto de admisión de la acusación o la desestimatoria del sobreseimiento y por tanto se debe concluir que esta decisión no se encuentra configurada legalmente como lesiva a la garantía del debido proceso.

VI. Conclusiones

Como se ha señalado, el derecho a la defensa es un derecho humano por ser inherente a la dignidad del hombre, el cual toma mayor importancia en los procesos jurisdiccionales dada su estructura dialéctica, razón por la cual dicho derecho a la defensa se encuentra consagrado en nuestra Constitución como garantía del debido proceso, siendo por tanto su observancia obligatoria para todos los órganos del poder público.

Entre los aspectos del proceso donde el derecho a la defensa toma vigencia, se encuentra el de las pruebas. Dado que al demandante le surge el derecho de aportar las pruebas de sus argumentos fácticos, entonces, dada esa naturaleza dialéctica del proceso, a la parte contraria le debe surgir igualmente la posibilidad de oponerse al ingreso de esas pruebas por los motivos legales que él considere, así como también la posibilidad de cuestionar aquéllas cuyo ingreso sean admitidas, e igualmente estar presente en el momento en que las mismas ingresen al proceso para realizar las actividades que la ley le permite efectuar. Esto es lo que la doctrina ha denominado el derecho de contradicción y control de la prueba, como una manifestación de ese derecho a la defensa.

De la revisión de las actividades probatorias que pueden darse en cada una de las fases del proceso penal (preparatoria, intermedia, y juicio o debate oral), se observa que en la fase preparatoria el Ministerio Público, como dueño de la investigación, puede realizar tres tipos de actividades probatorias: A) Las que realiza a *motu proprio*; B) Las que realiza previa autorización del juez de control; y C) Las que practica o dirige el juez de control.

Entre esas actividades probatorias que lleva a cabo el Ministerio Público en la fase preparatoria a *motu proprio*, se puede distinguir a su vez dos tipos de actuación: a) Las que realiza sin el control del imputado, dado que no se ha individualizado al mismo, y b) Las que realiza con participación del imputado, la víctima o sus representantes, es decir, que sobre las pruebas que puedan obtenerse en la primera actividad mencionada, el imputado no ejerce su derecho de control de la prueba.

La doctrina ha sido conteste en admitir que las diligencias o actividades de investigación que lleva a cabo el Ministerio Público en la fase preparatoria, no tienen valor probatorio por sí solas, pues para que adquieran significado probatorio tienen que incorporarse legalmente al proceso, lo cual ocurre en la fase del juicio oral.

Esta falta de valor probatorio de las pesquisas deriva precisamente de la circunstancia de que el imputado no ha podido ejercer su derecho de control y contradicción sobre la mismas, con lo cual ejerce su derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 del texto constitucional, razón por la cual se puede llegar a esta primera conclusión: **conforme a la garantía constitucional al debido proceso, las pesquisas no tienen valor probatorio**, dado que si la prueba es de testigos, al imputado no se le ha dado la posibilidad de repreguntarlos; si se trata de reconocimientos, al imputado no se le ha dado la posibilidad de estar presente en los mismos para hacer las observaciones que crea conveniente; si se trata de experticias, al imputado no se le ha dado la oportunidad de repreguntar a los expertos; en fin, estas diligencias las lleva a cabo el Ministerio Público de manera unilateral sin estar presente el imputado, razón por la cual sería violatorio a la garantía constitucional antes señalada, venirle a dar algún valor probatorio a tales diligencias o actividades de investigaciones llevadas a cabo en la fase preparatoria.

No obstante lo señalado, se ha visto como por lo menos en tres decisiones que el juez de control puede tomar en la fase preparatoria e intermedia (la privación preventiva de libertad del imputado, la admisión de la acusación y el sobreseimiento), éste debe valorar las pruebas que emergen de esas diligencias o actividades de investigación, lo que conlleva a pensar que la configuración legal para la toma de estas decisiones se ha hecho con violación al debido proceso, pues a pesar de que la decisión referida a la privación preventiva de la libertad del imputado no causa cosa juzgada material y puede ser revisada en cualquier momento por el

juez, no obstante el procedimiento no prevé la posibilidad para el imputado de presentar contraprueba de los hechos atribuidos a los fines de esa decisión, ni tampoco se prevé la posibilidad de que las pruebas surgidas de las diligencias o actividades de investigación con fundamento a las cuales se tomó la decisión, sean ratificadas a los fines de esa decisión, y de esta manera hacer posible que el imputado pueda ejercer su derecho a la defensa respecto a esa decisión, en virtud de lo cual se debe llegar a esta segunda conclusión: **existe violación al debido proceso en las decisiones referente a la privación preventiva de la libertad del imputado, al no permitírsele al demandado ejercer su derecho a la defensa respecto a las pruebas tomadas en cuenta para la adopción de esa decisión.**

La situación es diferente respecto a las otras decisiones analizadas: admisión de la acusación y desestimación del sobreseimiento solicitado por el imputado, dado que el gravamen que causa tales decisiones puede ser reparado por la sentencia definitiva que desestime la acusación, teniendo el imputado oportunidad para ejercer su derecho de control y contradicción de las pruebas en el juicio oral que produce la decisión definitiva desestimatoria de la pretensión penal, siendo que para el gravamen que puede producirse para el imputado de verse envuelto en un proceso penal, existen otras instituciones como la de costas, indemnizaciones, reparaciones y restituciones, contenidas en el título IX del Libro Primero del Código Orgánico Procesal Penal. En consecuencia se debe llegar a esta tercera conclusión referida a que **no existe violación del debido proceso en las decisiones que versan sobre la admisión de la acusación y desestimación del sobreseimiento solicitado por el imputado.**

Ante la inconstitucionalidad del procedimiento establecido en la Ley para la decisión referente a la privación preventiva de la libertad del imputado, consideramos que el juez de control, como garante de la Constitución[71], **deberá aplicar, aún cuando la Ley no lo establezca, y ante la solicitud del imputado, el procedimiento establecido en el artículo 29 del Código Orgánico Procesal Penal** establecido para el trámite de las

[71] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

excepciones durante la fase preparatoria, en el cual el Ministerio Público deberá ratificar[72] las pruebas emanadas de las diligencias y actividades de investigación tomadas en cuenta para la toma de esa decisión y de esta manera satisfacer el derecho a la defensa del imputado, dándosele oportunidad de control de las pruebas fundamento de la decisión, la cual podrá ser revocada o sustituida por el juez conforme lo establecido en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal.

[72] Por ratificar se debe entender lo señalado por la doctrina: «la ratificación de la prueba simple que se ratifica, requiere de nuevos actos formativos en autos, a fin de que sobre ella se pueda ejercer el control cabal en cuanto a su influencia en el fondo; por lo que siempre se trata de actos formativos dentro del proceso, posteriores a su invocación, con la posibilidad de que ambas partes actúen en la constitución» (Cabrera, J. (1994). Nota de la Dirección. *Revista de Derecho Probatorio*. 3. Caracas: Alva, p. 325).

¿Las máximas de experiencia técnica pueden ser suministradas en la alzada?

Adriana Maestracci Sisco*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano:

«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 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»**

Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano:

«Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las **reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia»**

¿Las máximas de experiencia técnica pueden ser suministradas en la Alzada?

Indudablemente a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 la doctrina jurídica venezolana ha experimentado cambios sustanciales en sus más clásicos conceptos e introducido nuevos fines socio-jurídicos en el escenario jurídico.

A todos los estudiosos de la ciencia del Derecho nos corresponde participar activa y vigilantemente en todas las transformaciones que han surgido y seguirán sucediéndose bajo el ordenamiento jurídico que la vigente Constitución rige y encumbra, evitando eventuales desviaciones que sucedan en el Derecho mismo y en la nueva forma de su aplicación, especialmente en las últimas doctrinas del Tribunal Supremo de Justicia. De esta manera contribuiremos a que los senderos que tales cambios trazan no nos conduzcan al deterioro de los **inmutables principios del Derecho**, sino a su decidido perfeccionamiento,

el cual no puede soslayar la utilidad y fin de las normas jurídicas: el logro de la convivencia pacífica dentro de la colectividad, que es donde radica su real transcendencia.

Siendo el Derecho un instrumento para el logro de tal fin, mas no el único, resulta relevante que nuestra ciencia se acerque y se nutra de otras tantas que igualmente persiguen la optimización de las condiciones de convivencia social y con ello de la calidad de vida. Así, **ante los enormes avances tecnológicos** que forman parte de nuestra cotidianidad, quizás impensables hace pocos años y la forma como debido al más fácil y creciente acceso que a ellos directamente o al menos a la información sobre su existencia, poseen cada vez más personas, formando parte de la vida diaria, **el juez no puede ser indiferente.**

Ciertamente los adelantos de la llamada *tecnología de la información* y el papel que en la divulgación de los estudios científicos cumplen tan eficazmente los medios de comunicación en el actualmente globalizado planeta que habitamos, nos colocan en conocimiento –aunque sea meramente informativo– acerca de inventos, descubrimientos, métodos y técnicas en múltiples y diversas áreas del saber, que así entonces dejan de ser conocimiento exclusivo de los expertos de cada ciencia o arte.

Por otra parte, se relaciona el desarrollo humano individual y el de los pueblos con el acceso a la tecnología de la información y a las ventajas implícitas en el mismo, al punto de considerarlo derechos humanos de cuarta generación.

En este contexto, la labor de los jueces –*per se* necesitada de profesionales dotados no sólo de excelente formación jurídico académica y preclaros criterios, sino de una amplia cultura e ilustración general- requiere imperativamente en nuestro tiempo para ser desempeñada apropiadamente, el **conocimiento** por su parte de **principios y reglas de otras ciencias**, que se encuentran a su alcance, así como su **disposición de considerarlas en sus decisiones**, de manera que éstas **articulen** la **justicia de los casos concretos** cuya resolución les es encomendada con la **realidad circundante existente**, ante la cual el juez ni puede ni debe permanecer ajeno, en obsequio de la prestación de un óptimo servicio de administración de justicia.

En este estudio será manejada una visión jurídico-procesal de las máximas de experiencia, particularmente en el proceso civil, principiando

por efectuar algunas precisiones terminológicas y, partiendo de las definiciones de máximas de experiencia aportadas por diversos autores, arribaremos a la definición de las máximas de experiencia técnica, para analizar su función en el proceso y finalmente dar respuesta a la interrogante que intitula el presente trabajo, esperando colaborar a través de nuestro modesto esfuerzo, con la tarea de **hacer menor la distancia entre la realidad de los hechos y el sistema jurídico formal.**

Deseo expresar mi agradecimiento a la Cátedra de Derecho Probatorio del Programa de Formación Inicial de la Escuela Nacional de la Magistratura por el estímulo que representa esta asignación como oportunidad de hacer investigación sobre temas y aspectos de tan singular interés para quienes conformaremos la primera promoción de egresados de este inédito Programa de Formación Judicial en el país, bajo la dirección del Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, coincidentemente también profesor de la asignatura.

Para abordar el tema planteado en la interrogante, considero conveniente efectuar primeramente las siguientes precisiones:

El término **«máxima»**, proviene de latín medieval *máxima*, como sinónimo de **«sentencia» o «regla»** y tiene las siguientes acepciones: 1. f. **Regla, principio o proposición generalmente admitida por quienes profesan una facultad o ciencia.** 2. f. Sentencia, apotegma o doctrina buena para dirigir las acciones morales. 3. f. Idea, norma o designio a que se ajusta la manera de obrar. 4. f. Mús. Nota de la música antigua equivalente a dos longas[1].

Igualmente se define como: Principio más o menos riguroso, norma experimental o regla **recomendada entre quienes profesan una ciencia o practican una facultad.** ll Sentencia, apotegma, pensamiento, observación o doctrina para dirigir las acciones o juzgar los hechos. ll Principio de Derecho, aceptado unánimemente, para interpretar un texto, resolver una situación o aplicarlo a un problema o caso jurídico[2].

Resulta curioso que la primera acepción, indicada tanto en el *DRAE* como en el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, a la palabra «máxima»,

---

1 *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (DRAE).

2 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. Argentina, 1981.

aluda a una regla, principio, proposición o norma experimental «**generalmente admitida por quienes profesan una facultad o ciencia**» o «**recomendada entre quienes profesan una ciencia o practican una facultad**»; por cuanto circunscriben la admisión y recomendación de la «máxima» por parte del indicado grupo de personas y no a una generalidad de éstas en un ámbito nacional, regional o local (máxima de experiencia común), con lo que se refiere más propiamente a las llamadas máximas de experiencia técnica, sobre las que recae la interrogante cuya respuesta será el objeto del presente ensayo.

El autor que desarrolla más amplia y profundamente nociones respecto de las máximas de experiencia es **Friedrich Stein**, quien las conceptualiza como: «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»[3].

Eduardo Couture define las máximas de experiencia como el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio[4].

Las máximas de experiencia –agrega– son normas de valor general independientes del caso específico; pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie.

El eminente procesalista uruguayo relaciona el concepto de máximas de experiencia de modo particular al proceso civil, para expresar que tales conceptos y resultantes son **susceptibles de aplicación por los juzgadores como elemento auxiliar para la resolución de los litigios**

Son los juicios, conclusiones o criterios de alcance general, obtenidos por el hombre de inteligencia normal, mediante la observación de lo que ocurre comúnmente en la naturaleza y en la vida social[5].

---

3 Stein, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1988, p. 27.

4 Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1978. Tomo I, p. 192.

5 Villasmil Bricceño, Fernando. *La Teoría de la Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Segunda edición. Paredes Editores. Caracas. Venezuela, p. 27.

Stein plantea si es útil establecer una línea neta de demarcación entre máximas de experiencia y hechos notorios, considerando oportuna tal distinción y así, en su antes citada obra *El conocimiento Privado del Juez* dedicó dos capítulos separados a unas y otros, indicando que entre las máximas de experiencia deben ponerse «todos los juicios hipotéticos de contenido general, sacados de la experiencia, sean luego leyes, **tomadas de las distintas ramas de la ciencia**, o aun simples observaciones de la vida cotidiana (el sol sale por el Oriente; un cuerpo grave, abandonado en el vacío, cae; el fruto madura en verano)». Afirma que son en cambio hechos notorios: «los hechos singulares que se enuncian en forma singular y circunscrita, en cuanto sin embargo, formen parte de la cultura: tales, los hechos de la historia, las nociones de geografía descriptiva, etc.».

Muñoz Sabaté[6] afirma que en ambos conceptos –hechos notorios y máximas de experiencia– aflora el elemento de la *communis opinio*, los hechos notorios constan en virtud de simples percepciones recordadas, en tanto que las máximas de experiencia se componen de juicios. En síntesis, los hechos notorios, como su nombre lo indica, son **hechos** de conocimiento y aceptación más o menos general, mientras que las máximas de experiencia son **principios, criterios o reglas.**

Sobre la base de lo anteriormente señalado es posible adelantar la idea de que **las máximas de experiencia**, basadas en la experiencia común - a diferencia de los hechos notorios- **no son hechos concretos sino principios generales.**

Según plantea **Eduardo Couture:**

> ...las máximas de experiencia no constituyen motivo de declaración especial en la sentencia sino que sirven de criterio y de guía para la resolución en el caso especial. Tampoco consisten en normas abstractas que se aplican al caso concreto por el sólo hecho de su existencia, sino que contribuyen de un modo eficaz a la percepción del juez. Su aplicabilidad depende fundamentalmente de su importancia y de su eficacia para formar en concreto la percepción judicial[7].

---

[6] Muñoz Sabaté, Luis. *Técnica Probatoria*. Editorial Praxis, S.A. Barcelona, 1967, p. 31.

[7] Couture, Eduardo. «Las Reglas de la Sana Crítica en la Apreciación de la Prueba Testimonial» en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1939. T XXXVII, p. 272.

Según **Calamandrei** las máximas de experiencia valen como reglas para el futuro. Poseen un valor probatorio e independiente y aunque su origen está en los hechos, la conclusión que fundamentan se emancipa de acuerdo con su valor de generalidad, en un principio autónomo. Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida y el mundo[8].

Las máximas son independientes del hecho al cual se aplican; son generales y abstractas; el hecho notorio se concreta en un hecho singular que queda circunscrito en el tiempo y en el espacio[9].

Taruffo, afirma que por basarse en la experiencia común, pueden tener un carácter indeterminado y variable, como se explicará más adelante.

Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano:

«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 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».**

Encontrándose facultado el juez por expresa norma jurídica procesal para fundar sus decisiones en conocimientos de hecho comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia, es menester referir brevemente la actividad del juez en la elaboración de la sentencia, teniendo presente la aclaración de **Calamandrei** en su célebre estudio sobre la génesis lógica de la sentencia en el sentido de que:

...la operación lógica, tal como se desarrolla en la realidad en la mente de cada juez, no se produce nunca a través de una sucesión de fases netas y separadas, ya que en el pensamiento vivo, que se revela a toda anatomía, aquellas se alterna y se compenetran de un modo inconsciente e irregular. Pero esto no

[8] Carnelli, citado por Escovar León, Ramón. Estudios sobre Casación Civil. *Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia.* N° 3. Caracas. Venezuela, 2003, pp. 371-373.

[9] Escovar León, Ramón. *Op. cit.* p. 373.

quiere decir que desde el punto de vista teórico la operación lógica del Juez no pueda reducirse, con finalidades de estudio....ya que toda investigación científica trata de simplificar en la vida es complejo y múltiple, extrayendo de ello solamente unos pocos caracteres esenciales.

Aún con las limitaciones indicadas por el citado notable jurista, muchos autores han elaborado esquemas sobre las etapas que al sentenciar desarrolla el juez. **Roland Arazi**[10] indica que:

a) Determina cuáles son las cuestiones a resolver, para ello considera la demanda y su contestación, la pretensión del actor y las defensas del demandado. Estas cuestiones son clasificadas de manera tal que la procedencia de una pueda tornar innecesario el análisis de las demás[11];

b) Establecidas las cuestiones sometidas a su decisión, el juez busca la norma o normas jurídicas que contemplan cada una de esas cuestiones;

c) Partiendo de la norma elegida, el juzgador separa los presupuestos de hecho de esas normas;

d) Verifica que los presupuestos de hecho de las normas que dan fundamento a la pretensión o a la defensa, hayan sido debidamente afirmados por el litigante a quien favorece la aplicación de las mismas; en caso contrario, la pretensión o defensa será rechazada;

e) Comprueba si los hechos afirmados han sido debidamente probados, haciendo la interpretación y valoración de las pruebas.

f) Si algún hecho no ha sido probado el juez establecerá quién tenía la carga de la prueba.

Las etapas enunciadas no se desarrollan con la puridad expuesta ni son tan simples, son actividades complejas e interrelacionadas, que

---

[10] Arazi, Roland. *La prueba en el Derecho Civil*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, 1991, pp. 89 y ss.

[11] Como ocurría si tras dicho análisis determina la procedencia de la excepción de falta de cualidad e interés del actor o del demandado para intentar o sostener el juicio, según sea el caso, debiendo una vez efectuada dicha declaratoria, abstenerse de analizar los demás alegatos y pruebas, por resultar innecesario.

exigen razonamientos lógicos y conocimientos jurídicos y donde sin duda intervienen factores emocionales además de intelectuales. De manera pues que en la búsqueda de la norma jurídica el juez no puede prescindir de los **hechos afirmados** por las partes y, para desentrañarlos no podrá eludir la norma que pretende aplicar al caso concreto. Cada una de las funciones exige además un juicio normativo y de valoración.

Las partes o sujetos procesales, durante el *iter* procesal alegan hechos con el fin de demostrar al juez la certeza de sus afimaciones y en consecuencia, son titulares de la «voluntad concreta de la ley» que invocan.

Ello coloca al juez ante un cúmulo de situaciones fácticas resultantes de los medios de prueba que hayan aportado las partes al proceso y que debe analizar para verificar si éstos pueden subsumirse en el supuesto de hecho previsto en la norma. Cuando el juez efectúa este análisis probatorio puede darse el caso que determine que algunos hechos alegados y probados no guardan relación alguna con el presupuesto fáctico de la disposición normativa invocada, debiendo entonces desestimarlos e inaplicar la norma. También debe el juez delimitar cuáles situaciones fácticas resultan contrapuestas, esto es, son hechos controvertidos, ya que justamente sobre tal categoría de hechos recae el objeto de la prueba: la tarea probatoria de las partes se desarrolla sobre los hechos del proceso alegados y controvertidos.

Partiendo de las anteriores premisas se observa que el juez debe efectuar una depuración de los hechos alegados por las partes, mediante un primer silogismo que denomina el profesor **Jesús Eduardo Cabrera Romero «silogismo fáctico»**, destinado a fijar los hechos. En efecto, de acuerdo a su opinión emitida en la Cátedra de Derecho Probatorio que imparte en la Escuela Nacional de la Magistratura, una vez determinados los hechos sobre los que ha de recaer la prueba en un proceso en particular; esto es, los hechos alegados y controvertidos, es necesario determinar la veracidad de los mismos, para lo cual efectúa el juez el mencionado «silogismo fáctico». **En dicho silogismo existirá una premisa mayor formada por reglas de lógica o máximas de experiencia, las cuales el juez predeterminará como ciertas** –a menos tales premisas resulten desvirtuadas por hechos probados en autos, caso en el cual deberá descartarlas como premisa mayor del silogismo construido, junto a todas las conclusiones a las que haya arribado con fundamento en la premisa errada– **y no estarán sujetas a prueba, salvo que las máximas de**

experiencia fueren juicios técnicos (artículo 1.422 del *Código Civil*). Los hechos alegados, controvertidos y probados por las partes en el proceso constituirían la premisa menor del aludido silogismo fáctico. Así, en el silogismo fáctico, la premisa mayor (regla de lógica o máxima de experiencia) permite al juez comprender los hechos controvertidos en el proceso, que forman la premisa menor y si estos hechos se subsumen como posibles, probables o verosímiles de acuerdo a la premisa mayor, el juez los aparta para un reexamen según la situación jurídica concreta y singular existente en autos y en caso contrario, los desecha. Según el profesor **Cabrera Romero**, estos hechos que subsisten a la antes comentada operación lógico racional, han de tenerse como ciertos, siempre que contrastados con los demás hechos probados en autos, no sean contrariados o enervados, sino complementados o ratificados. Esto es, si estos hechos encuadran dentro en la premisa mayor como de posible ocurrencia y el juez queda convencido de su acontecer, los fija como ciertos. Determinados los hechos que se tendrán por ciertos, procede el juez a la evaluación tendente a precisar si se subsumen o no al supuesto normativo establecido en la norma jurídica (silogismo jurídico sentencial).

Las máximas de experiencia constituyen *la premisa mayor del silogismo judicial*, al igual que la cuestión de derecho. El hecho notorio es la premisa menor[12]. El Código de Procedimiento Civil brasilero faculta al juez a la aplicación de las máximas de experiencia en ausencia de norma jurídica aplicable al caso en particular[13].

Es preciso efectuar algunas consideraciones relativas a los «**argumentos de prueba**». El mismo profesor **Cabrera Romero** expresa la existencia de **hechos concretos de otra categoría**, que no forman parte de los litigiosos, mas permiten al juez reforzar su silogismo, sea para valorar los medios de prueba o los hechos que éstos trasladan al proceso y afirma que tales hechos sirven dentro del proceso **como «argumento de prueba»**, siendo entonces éste el producto de la operación racional que realiza el juez para generar conclusiones a partir del conocimiento de hechos no litigiosos que le permiten la comprensión de la situación controvertida y reforzar su convicción respecto del resultado dado por el silogismo fáctico. Se trata del análisis de situaciones extrañas a los hechos litigiosos,

[12] Escovar León, Ramón. *Op. cit.*, p. 373.

[13] *Ibídem.*, p. 374.

que indican al juez en su razonamiento orientado a la fijación de los hechos, que refuerzan el resultado del silogismo fáctico. Estos hechos potenciadores no pueden salir de la nada, tienen que existir en autos, mas no es carga de las partes alegarlos y probarlos, aunque no existe óbice para ello. Ej.: la estadística y las explicaciones derivadas de experimentos que comprueban determinadas hipótesis.

Tales **argumentos de prueba**, de acuerdo con el mismo profesor **Cabrera** pueden ser de tres clases: a) De hecho, cuando refuerzan al juez el resultado obtenido en el silogismo fáctico, aportándole bases para la fijación de los hechos; lo que igualmente ocurre cuando la norma contiene conceptos jurídicos indeterminados que debe completar el juez con su criterio, casos en los cuales algunos autores consideran que el juez no puede expresarlo sin sustento normativo (Ej.: artículo 1151 del Código Civil venezolano); b) De lógica, cuando la idea argumentativa que el juez aplica al caso concreto proviene de una situación fáctica que abona a favor de su posibilidad o probabilidad y c) **De juicio**, cuando los hechos permiten al juez obtener una **máxima de experiencia** que no posee, pero que forma y obtiene durante el proceso. Se trata de que el juez, mediante la observación de una serie de hechos arribe a **conclusiones sobre sus causas y/o efectos**, las cuales, le servirán a futuro de **máximas de experiencia**.

En cuanto al **régimen probatorio** aplicable a estos hechos, es preciso determinar su **naturaleza**. Si se considera que los **argumentos de prueba** tienen **naturaleza y finalidad interpretativa**, no debería regir respecto de ellos las normas aplicables a los hechos litigiosos referidas a las reglas y los lapsos probatorios, por lo que **podrían ser traídos a los autos en cualquier momento y con absoluta libertad de medios, incluso en la segunda instancia**. Si se tiene los argumentos de prueba como **indicios explicativos, las partes tienen que probarlos según las normas que regulan la prueba de los hechos**, considerando el interés que éstas siempre tendrán en su demostración.

Visto el empleo que tienen en el proceso, considero que se trata de hechos que obran en el proceso de juzgamiento, de interpretación de los hechos, y por tanto, su naturaleza es interpretativa, tanto cuando sirven para reforzar el resultado del silogismo fáctico, como cuando son experimentos de lógica aplicada o siendo de juicio, sirven para que el juez adquiera máximas de experiencia.

Estos argumentos de prueba pueden ser buscados *ex oficio* por el juez actuante tanto en un proceso dispositivo, como en el inquisitivo o en el mixto, ya que tratándose de hechos no litigiosos que pesan sobre su razonamiento en la formación de su criterio formarán parte del proceso intelectivo que llevará acabo para apreciar lo que aporten los medios, es decir, por cuanto no son hechos litigiosos, mas sí necesarios –o al menos convenientes– para sentenciar. En esa búsqueda los jueces pueden obrar con absoluta libertad de medios y sin atadura de lapso procesal alguno, tal como lo hacen en las declaraciones de partes o de terceros.

> ...Así como el juez puede investigar el Derecho, en cualquier estado y grado de la causa y las partes coadyuvar con él en ese sentido, así mismo el juez puede moverse sin límites en busca de los hechos que le permitan convencerse de que el silogismo fáctico que formula es el correcto. El argumento de prueba puede actuar como una especie de refuerzo para el silogismo formulado, que permite establecer con precisión, las reglas de lógica o máximas de experiencia que va a utilizar al plantear el silogismo fáctico, o aun el sentencial, cuando se trate de conceptos indeterminados que la norma le traspasa para que con sus conocimientos los determine[14].

Con relación a **las partes**, se considera que dada la posición contradictoria en que se encuentran en el proceso y a los intereses contrapuestos que tienen en el mismo, cuando sea necesario aportar argumentos de prueba a los autos deberán probar tales hechos dentro de las articulaciones probatorias que permitan la contradicción y el control de la prueba v.gr. aquella a la que se contrae el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil venezolano, a menos que tales hechos hayan sido probados de forma y en la oportunidad procesal correspondiente en la causa.

Respecto del **juez,** se estima que en virtud de la imparcialidad que le es o debe ser propia, la investigación de elementos –cuyo conocimiento sólo beneficiará las operaciones intelectivas que ha de realizar al sentenciar– le es dable efectuarla libremente y por ende no es necesario que estén sometidos al contradictorio, aunque deben constar en autos para hacer posible conocer el razonamiento judicial como parte de la motivación del fallo y posibilitar su impugnación por tal causa de ser el caso.

Como quedó expresado antes, una de las **funciones de las máximas de experiencia en el proceso,** es servir para el juicio de los hechos, pues

[14] Méndez Escobar, Luis. «El hecho cultural y la prueba» en *Revista de Derecho Probatorio*, Nº 11. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L., Caracas, 1999, pp. 4124 y sgte.

no siempre la premisa mayor de este juicio o silogismo es una norma jurídica sino una norma o máxima real de la vida perteneciente al comercio, al arte o la ciencia, siendo necesarias para la aplicación de las normas que emplean conceptos cuya explicación no es dada por la Ley.

No puede el juez ignorar por ejemplo que el promedio de vida del venezolano común alcance hoy a los 60 años de edad, o que en nuestro medio los hombres ingieren más licor que las mujeres, pues ambas afirmaciones constituyen máximas de experiencia, porque los hechos a que se contraen manan de conocidas cifras estadísticas y de otros medios de información, accesibles al común de los hombres.

El **proceso formativo de la máxima de experiencia** implica la traducción a reglas generales de los criterios extraídos de la experiencia, conformando el juicio de hecho que recibe una cierta impronta normativa y el tratamiento lógico de una inferencia deductiva, de la que la máxima de experiencia vendría a constituir la premisa mayor. **Rosemberg** lo explicaba considerando al juicio de hecho como *una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas.*

Pues bien, con fundamento en las definiciones de máximas de experiencia antes citadas se puede afirmar simplificadamente que tales máximas son conceptos o juicios de valor sobre hechos e incluso conceptos dependientes de un saber especializado y, efectuadas las anteriores consideraciones relativas a los argumentos de prueba, es menester ahora referir la discusión planteada en la doctrina –tal como ocurre con los hechos notorios– acerca de la necesidad de prueba de las máximas de experiencia, o dicho de otro modo, sobre si las máximas de experiencia son o no objeto de prueba.

Afamados autores sostienen que las **máximas no son objeto de prueba**: **Beling**, porque esos principios o máximas de experiencia se confunden con la cosa a la que se aplican; **Heusler**, porque afirma que la prueba procesal sólo es la histórica y **Carnelutti**, porque las entidades abstractas, como lo son las máximas de experiencia, no constituyen objeto de la prueba histórica y lo que se puede probar es el hecho relacionado con su afirmación, pero no la regla misma[15].

[15] Silva Melero, Valentín. *La Prueba Procesal*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pp. 57 y ss.

Devis Echandia también considera que las máximas de experiencia no son objeto de la prueba judicial, sino normas de orientación para el criterio del juzgador, con lo cual coincide con **Calamandrei**, quien aborda el tema de las máximas de experiencia en sus estudios sobre el Proceso Civil, destacando la relevante **utilidad práctica** de este concepto, como **instrumento del juez para juzgar sobre la posibilidad o imposibilidad, sobre la verosimilitud o inverosimilitud de un hecho**[16] (Resaltados adicionados).

Pero otros autores, como **Silva Melero**, sostienen que **las máximas de experiencia no exigen prueba cuando son del conocimiento común**, cuando forman parte de los conocimientos del hombre de mentalidad y cultura media, cuando representan elementos y conocimientos prácticos que acompañan necesariamente a la observación corriente de una persona; **en cambio cuando esas máximas se fundan en conocimientos reservados a mentes de particular competencia, o que exigen conocimientos científicos especiales, entonces sí se requiere el concurso de la prueba**[17].

Coincide cabalmente con el precedente criterio **Cabrera Romero**, al indicar que con: "...las **máximas de experiencias comunes** que forman premisa mayor del silogismo fáctico, no hay problema, ya que todo el mundo las conoce, mientras que las **máximas de experiencia técnicas, de las cuales carece el juez, él deberá adquirirlas mediante el aporte que le hagan unos expertos, tal como lo plantea el artículo 1422 del CC**, cuando establece: «siempre que se trate de una....**apreciación que exija conocimientos especiales**»[18].

De los anotados criterios de **Silva Melero** y **Cabrera Romero** surge la clara indicación que realizan acerca de la existencia de máximas de experiencia común y de máximas de experiencia técnica, al otorgarles diferente tratamiento respecto a la necesidad de su prueba.

Indiscutiblemente las máximas de experiencia poseen un **valor relativo**, pues como expresa **Couture**, surgen nuevas experiencias que las

[16] Devis Echandia, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires. Víctor P. de Zavala Editor, 1972, Tomo I, pp. 47 y ss.

[17] Silva Melero, Valentín. *Op. cit.*, pp. 47 y sig.

[18] Cabrera Romero, Jesús Eduardo. La Adquisición de Máximas de Experiencia en *Revista de Derecho Probatorio*, Nº 6. Editorial Jurídica ALVA, S.R.L., Caracas, 1995, p. 416.

desmienten o contradicen, e indica como ejemplo que una máxima de experiencia habría hecho innecesario para un juez romano del tiempo de Augusto, la prueba de que una misma persona pudo haber estado presente el mismo día en Atenas y en Roma; pero hoy, ante la existencia de veloces y supersónicos medios de transporte, habría que admitir una cosa distinta. La máxima de experiencia apoyada en la velocidad de un automóvil, habría rechazado hace 40 años la posibilidad de que un vehículo llegare a correr a una velocidad de 150 kms. por hora, hecho que hoy es perfectamente aceptado por la experiencia común. Por ello, partiendo de la **premisa** de que el **progreso científico y tecnológico se construye sobre el desmoronamiento de máximas de experiencia y de hechos evidentes**, el maestro uruguayo **Eduardo Couture se pronuncia por la posibilidad de hacer la prueba contraria a la máxima de experiencia** o al hecho evidente, **sosteniendo que una prohibición a tal efecto carecería de toda justificación científica**[19].

En efecto, mientras las máximas de experiencia común no son objeto de prueba, sí es en cambio necesaria su contraprueba.

El criterio sostenido por **Eduardo Couture** y otros muchos autores opera válida y cabalmente dentro del proceso respecto de las máximas de experiencia técnica; en efecto, pues nada obsta a la posibilidad –e incluso conveniencia o necesidad– de producir la contraprueba de una máxima de experiencia técnica.

Afirma **Luis Méndez Escobar** que de la definición dada por **Stein** de las máximas de experiencia se desprende que éstas constituyen juicios o principios que se forman en la mente del magistrado o perito, derivados del proceso inductivo que parte de los casos que cotidianamente resuelve el juez o perito, en virtud del oficio al cual se dedica, agregando que en el caso del **perito** se trata de las **máximas de experiencia técnica**[20].

Sin embargo, vemos como **Stein** señala que: «Está bastante extendida la distinción entre las máximas de la experiencia que se conocen generalmente y aquellas que sólo son conocidas en círculos reducidos gracias a «conocimientos técnicos específicos» en cuanto principios de un arte o ciencia. Esta distinción se usa especialmente para considerar las máximas de la experiencia "notorias" como hechos notorios o para dar a ambos un

[19] Couturem, Eduardo. «Estudios de...». *Op. cit.*, p. 230.

[20] Méndez Escobar, Luis. *Op. cit.*, pp. 434-435 (21) STEIN, Friedrich. *Op. cit.*, pp. 31 y ss.

mismo tratamiento», para de seguidas afirmar que siendo fundamental examinar si tal distinción es sostenible o no, se ve «...obligado a negar terminantemente que lo sea». No considera concluyente el argumento generalmente argüido contra tal distinción según el cual es absolutamente imposible encontrar una neta línea de separación entre los conocimientos especiales del técnico y las verdades notorias, es decir, universalmente conocidas.

Según el mismo autor «es evidente que cada ciencia cuenta al menos con algunos principios que a toda persona instruida son familiares, junto a otros que sólo el técnico conoce y, que el paso de aquéllos a éstos es imperceptible.... Y sigue siendo cierto que el conocimiento técnico y la cultura general varían según las épocas y los pueblos, siendo diferentes incluso de un día para otro y de una persona a otra. Lo que hoy todavía es propiedad de la ciencia especializada, mañana lo aprenderá en la escuela cualquier chaval...El que trabaja con un concepto de "conocimiento técnico específico" equivalente al de lo que no es notorio se fabrica la imagen de un hombre normal que no puede encontrarse nunca ni en ninguna parte. Una persona trae del medio rural conocimientos agrícolas que considera naturales, pero que parecen sorprendentes "conocimientos especializados" a los que han crecido en la ciudad...», con lo cual se refiere a la **relatividad** de las máximas de experiencia.

Así, adaptando el concepto de máximas de experiencia construido por **Stein**, se puede entender que las **máximas de experiencia técnica** constituyen definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, dentro de cualquier área o disciplina no jurídica del saber, pertenecientes a determinada ciencia, arte u oficio, nacidas de la experiencia e independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido, que pretenden tener validez para otros nuevos.

Máxima de experiencia técnica es cualquier juicio, principio, regla o criterio perteneciente a determinada ciencia o arte que implique conocimientos especiales y que por tanto se presume conocida por quienes en ella tienen experiencia, más resulta improbable que sean conocidas por el juez. Sin embargo sí es posible que el juez eventualmente posea **conocimientos técnicos notorios.** Pero, tratándose de **juicios técnicos especializados** –no estando obligado el juez sino a conocer el Derecho en virtud del principio *iura novit curia* que así lo presume– no pueden ser utilizados

por el juez, porque sencillamente carece de los conocimientos especiales necesarios que lo harían conocer y/o comprender la máxima.

Según la opinión de **Jesús Eduardo Cabrera Romero** además: «Hay materias que no son técnicas, ni científicas; pero que a su vez, son poco conocidas. Pequeños grupos de trabajo o con una unidad cultural poco conocida, dentro de lo común de su vida, organizan una serie de experiencias que utilizan como juicios, desligados de los hechos que le dieron nacimiento, y que les permiten ante una circunstancia que suceda, conocer de antemano cuál será el resultado que producirá tal hecho. Como bien lo dijo **Stein** en su célebre obra *El conocimiento privado del juez*, las jergas, por ejemplo, se conocen mediante definiciones del significado de las palabras, y son las máximas de experiencia que permiten comprenderlas... Estas máximas de experiencia restringidas o sectorizadas, pero al acceso de cualquiera que entre en contacto con el grupo, por lo regular escapan del saber de los ajenos a la actividad o al sector». Por ello estima este autor que el juez puede adquirir tales máximas de experiencia restringidas o sectorizadas mediante pericia, pero podrá también buscarlas fuera del proceso, siempre que en su decisión las indique y aporte al proceso para poder explicar las razones del fallo[21].

Cabe señalar que los convencionalmente denominados **hechos técnicos** son aquellos para cuya exacta determinación o traducción son necesarios especiales conocimientos que obligan a solicitar el asesoramiento de terceras personas llamadas peritos o expertos y que siempre, en cuanto **hechos**, están sometidos a la **prueba**. Aunque junto a los hechos antiguos, ilícitos, negativos, psíquicos, íntimos, etc., tradicionalmente son indicados como hechos de dificultad probatoria, no es la especialidad de la materia lo que determina la dificultad de la prueba; sino que ella sobreviene cuando los actuales conocimientos técnicos o científicos resultan insuficientes para averiguar o determinar los hechos litigiosos o no se dispone de personas o instrumentos adecuados, casos en los cuales la prueba más que difícil se hace imposible y así la inferencia técnica, incapaz de resolver el problema se sustituye de nuevo por la inferencia vulgar[22].

---

21 Cabrera Romero, Jesús Eduardo. *Op. cit.*, p. 417.

22 Nota de la autora: Un caso típico de dificultad probatoria se produce cuando se trata de determinar la responsabilidad de alguien por hecho culposo en el ejercicio de su

De tal manera –como se indicó antes– el conocimiento por parte del juez de las reglas o máximas de experiencia las exime de ser probadas, bien porque se encuentren en el general y normal acervo cultural de la persona; bien porque siendo especiales las conozca. Pero, puede ser preciso que personas con conocimientos específicos depongan sobre las mismas, constituyendo las denominadas ***máximas de la experiencia especializada***, de tal modo que los **peritos** ofrecen su testimonio sobre las **máximas cualificadas** de un determinado saber, conocimiento o arte.

La relación entre prueba pericial y máxima de experiencia es tan estrecha que puede afirmarse que constituye el fin propio del medio probatorio.

Siendo ello así, cabe preguntarse **cómo las adquiere el juez y si puede buscarlas fuera del proceso, así como la forma en que se realiza su prueba por las partes.**

Tratándose de definiciones o juicios de orden técnico en el sentido antes enunciado, obviamente el juez no puede ser el perito o experto, por ello aplica las máximas de experiencia que no requieren de un experimento especial o particular reservado a los expertos[23].

En tal sentido es pertinente citar la opinión de **Carnelutti** respecto a las formas de Percepción y Deducción Judicial mediante peritos: «Puede ser oportuno y hasta necesario hacer intervenir a persona distinta del juez cuando éste no tenga aptitud o preparación suficiente para la **percepción directa de los hechos mismos o para la deducción de éstos de los hechos a probar**. La primera hipótesis no se refiere sólo a los llamados hechos de percepción técnica, sino también a hechos comunes que el juez no pueda percibir a causa de algún defecto sensorial, o del peligro o desagrado que la percepción directa imponga...La segunda, a hechos comunes o técnicos, cuya conexión con el hecho a probar es materia de **reglas técnicas** y no de reglas de experiencia común. En la primera hipótesis, la intervención de una persona diversa del juez es necesaria, porque sin ella el juez

---

actividad profesional o técnica porque no pudiendo el juez encontrar por sí mismo la verdad del hecho, debe recurrir a la colaboración de peritos, en todos los cuales se dará virtualmente un motivo de recusación, puesto que la solidaridad profesional induce, hasta inconscientemente, a disimular o exculpar las faltas del colega, actuando así impunemente ya que es también difícil probar la falsedad o sesgo del dictamen.

[23] Escobar León, Ramón. *Op. cit.*, p. 377.

no lograría percibir el hecho o, por lo menos, no percibiría con exactitud los detalles...piénsese en el caso de que la percepción no pueda realizarse sin la realización de determinadas maniobras o sin el uso de ciertos instrumentos; en la segunda hipótesis, es conveniente para suministrar a la persona distinta del juez que ha de ayudarle en la deducción, la percepción directa que mejor contribuya a la deducción misma... **Esta es la hipótesis típica de la pericia.**

Hoy día se estima que el perito no sólo actúa para la **deducción** del hecho a probar con respecto a la fuente de prueba, sino también para la propia **percepción** del hecho, sea fuente u objeto de prueba, unas veces en sustitución y otras en asistencia del juez. **Deducción Judicial:** El instrumento de su actividad no son aquí los sentidos del juez, **sino sus conocimientos, porque no se trata ya de ver u oír, sino de saber. Así como el juez no puede verlo todo, con igual o mayor razón no puede saberlo todo.** En el campo ilimitado de las reglas de la experiencia, que son instrumentos de la deducción, mientras se trate sólo de experiencia común, es probable que el juez las posea, pero cuando se trate de experiencia técnica (no común) las probabilidades apuntan en sentido contrario, pues muchas veces toda su preparación se agota en el campo jurídico. De manera pues que es más conveniente ocuparse de la **estructura** y no de la **regulación positiva del proceso probatorio**, siendo más relevante que las **condiciones** en que el juez pueda procurarse en el proceso los conocimientos que no tenga, los **medios** que se le ofrecen a tal fin[24].

Carnelutti afirma que éste es el segundo campo de acción de la **pericia: el perito como instrumento de deducción**, indicando que éste puede desempeñar tal oficio de dos modos: **indicando** únicamente las reglas de experiencia al juez o **aplicándolas** al caso, es decir, realizar mediante ellas la deducción. La indicación de las reglas de experiencia al juez es posible sólo cuando las propias reglas son ignoradas por el juez; en cambio la aplicación de ellas al caso concreto, es decir, la subsunción de éste dentro de la regla puede darse también cuando el juez la conozca pero la aplicación misma exija, para hacerla con seguridad y sin esfuerzo anormal, cierta aptitud o preparación técnica que el juez no posea. Estas tareas puede realizarlas en forma simple o combinadamente en fases complejas, lo cual ha dado lugar a la conocida discusión relativa a si el perito es un medio de

[24] Carnelutti, Francesco. *La Prueba Civil*. Ediciones Ayarú, Buenos Aires, 1955, p. 53.

prueba o auxiliar del juez, que no interesa a los fines de este trabajo, mas la referencia obedece a mencionar las orientaciones de la doctrina que fueron luego profundamente alteradas por **Stein**, quien logró fijar el concepto de *reglas de experiencia*, antes sólo agudamente intuido.

Stein, en relación al proceso civil, se formula **si las máximas de experiencia, al igual que los hechos, tienen que ser afirmadas por las partes** para que puedan ser tomadas en consideración; pronunciándose por la **negativa**, al sostener que las máximas de experiencia han de servir para **enjuiciar** si los hechos y los medios de pruebas contienen o no lo que las partes quieren lograr con ellos y agrega que las máximas de experiencia, por sí mismas, no son nunca hechos «relevantes» engendradores de derecho, ya que no pertenecen en absoluto a la premisa menor del silogismo. **Constituyen sólo la medida con la que el juez debe juzgar lo aportado por las partes**...Incluso las máximas de experiencia controvertidas pueden ser fijadas según el propio conocimiento del tribunal. Se reconoce con ello que la utilización de ese conocimiento no depende de la iniciativa de la parte...[25].

También **Stein** se formula la interrogante **si el juez está obligado a utilizar una máxima de experiencia afirmada por una parte pero no probada y si debe ser ignorada cuando el tribunal no la conoce**, afirmando que la teoría y la práctica judicial del derecho común responden que el tribunal debe ignorar la máxima cuando no la conoce y que a la parte le corresponde suministrar la prueba mediante peritos.

Afirma que el juez del proceso actual es corresponsable de la posible deficiencia y que puesto que la ley le ha dado los medios para procurarse las máximas de experiencias necesarias, éste tiene la obligación de servirse de esos medios. Expresa que al mismo ámbito pertenece la cuestión de si el tribunal puede indagar por sí mismo las máximas de la experiencia **que le son desconocidas**. La respuesta es **afirmativa: El Tribunal puede recurrir a peritos cuantas veces necesite de ellos. Pero no está limitado a esa posibilidad**. Si por ejemplo consigue la información necesaria mediante libros, puede servirse de ella, ya que procesalmente es indiferente cuándo y cómo ha adquirido el juez su conocimiento[26] (Resaltados adicionados).

[25] Stein. *Op. cit.*, p. 116.

[26] *Ibidem*, p. 117.

La expresiones de **Stein**: «máxima de experiencia afirmada por una parte pero no probada»; «cuando el tribunal no la conoce» y «máximas de experiencia que le son desconocidas» sugieren clara y coherentemente que se refiere el autor a las denominadas **máximas de experiencia técnicas**, pues son éstas las que requieren ser probadas por presumirse en virtud de su naturaleza, desconocidas por el juez.

¿Podría el juez hacer uso de las máximas de experiencia técnica, en tanto son juicios o principios derivados de proceso inductivo del perito, de la misma forma que utiliza los juicios o principios derivados de su propio proceso inductivo cuando usa las máximas de experiencia común para efectuar el silogismo fáctico, para comprender el contenido y significado de las normas jurídicas, para completar el significado de las palabras en que se expresa la norma con las suyas propias o rellenarla con sus máximas de experiencia o para realizar la definición de conceptos indeterminados en los casos concretos? ¿Se usan judicialmente de igual modo las máximas de experiencia común y las máximas de experiencia técnica?

De todo lo expuesto se puede inferir que **a las partes les corresponde la afirmación y prueba de las máximas de experiencia técnica** que pretendan hacer valer a su favor en el proceso, y que **es dable al juez buscar máximas de experiencia técnica fuera del proceso**, por cuanto **no constituyen hechos, sino juicios** independientes de los casos que llevaron a esa conclusión o a la formación de la máxima, por los mismos motivos y con la misma finalidad que –obviamente sólo para su uso intelectual– recurre a los llamados argumentos de hecho al formular el silogismo fáctico y de la misma forma que adquiere las máximas de experiencia común extraprocesalmente; sin que en ningún caso esté haciendo uso de su saber privado –lo cual sí le está absolutamente prohibido– ni estaría violando el principio de aportación de parte.

Lo que el perito aporta de nuevo al proceso es siempre la regla de experiencia; de allí que el **medio idóneo** para la prueba de las máximas de experiencia técnica es la **experticia**, que a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.422 del Código Civil venezolano, constituye tanto un medio de prueba como de apreciación. En efecto, establece la mencionada norma:

> Siempre que se trate de una comprobación o de una apreciación que exija conocimientos especiales, puede procederse a una experticia.

Así, desde el punto de vista de la **parte** es la **experticia** un **medio de prueba de hechos o juicios** que exijan conocimientos especiales y constituye para el **juez** un **instrumento de apreciación**, interesándonos en el presente caso sólo su utilidad como **medio de prueba y de apreciación no fáctica**, es decir, no de hechos, sino de máximas de experiencia técnica.

Las partes tienen –al contrario de lo que sucede con las máximas de experiencia comunes– **la carga de probar las máximas de experiencia técnica**, normalmente mediante la prueba pericial, siempre sometida a la contradicción y el control de la contraparte. Sin embargo, también pueden probarlas a través de cualquier otro medio de prueba idóneo, siempre que no se encuentre expresamente prohibido, en virtud del principio de libertad de pruebas establecido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, bajo el rigor de las normas y lapsos procesales probatorios:

> Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden las partes también valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando **por analogía** las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto en la forma que señale el juez.

Así, v. gr. podrían las partes presentar al juez películas, videos, avalados por organismos, que muestren máximas de experiencia técnica, a fin de que el juez los reconozca en acto procesal, observando lo dispuesto en la parte *in fine* de la citada disposición legal.

El juez por su parte, puede hacer uso de las máximas de experiencia técnica obtenidas en el proceso mediante la prueba de experticia promovida por las partes, tanto si acoge el dictamen del experto como si no lo hace, **así como de aquellas que adquiera a través de cualquier otro medio de prueba** empleado por las partes; siempre que exista **garantía de control de la prueba**. Igualmente, como antes se indicó, **puede el juez buscar máximas de experiencia técnica fuera del proceso**, por cuanto no constituyen hechos, sino juicios independientes de los casos que llevaron a esa conclusión, siempre que procedan de trabajos o estudios especializados reconocidos. Sin embargo opino que no podemos considerarlos completamente desligados –más que en su origen o formación– de los hechos concretos que se juzguen en el proceso, por cuanto sólo su relación con ellos justificaría su empleo pertinente en el mismo.

Por otra parte, es necesario que el juez **indique la fuente de los conocimientos técnicos** (medios audiovisuales, folletos de organismos científicos, internet, etc.) de la cual adquirió la máxima empleada, **que sean conocimientos técnicos o científicos reconocidos y que conste en autos,** para posibilitar que se conozca el proceso mental del juzgador en la sentencia de fondo, para garantizarle a las partes el conocimiento de las razones o motivación del fallo, evitando causarles indefensión en la impugnación de la decisión.

Obviamente que tanto la experticia como cualquier o cualquier otro medio probatorio tendente a la demostración de máximas de experiencia técnica, pueden ser admitidos encontrándose el juicio en su **tramitación en la primera instancia**, siempre bajo la premisa de estar sujeta a la **contradicción y control** de las partes; **PERO** de encontrarse la causa **en la segunda instancia del proceso**, en nuestro ordenamiento jurídico existe una restricción respecto a los medios de prueba que pueden promoverse en alzada, lo cual obliga a un **distinto planteamiento sobre el asunto, de encontrarse el juicio en apelación.**

En efecto, a tenor de lo pautado en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil venezolano:

> En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos, la de posiciones juradas y el juramento decisorio.

Ahora bien, **respecto del juzgador,** tal como indica **Stein**:

> ...Por lo que se refiere a las **cuestiones probatorias y a las** subsunciones... **el tribunal de apelación** se encuentra **en la misma situación que el del primera instancia y goza,** con ello, **de la misma libertad, con idénticas limitaciones.** Sin embargo, para la aplicación de máximas de experiencia que le corresponde, reviste gran importancia el que **la máxima ya haya sido afirmada o negada** por el tribunal de primera instancia...[27] (Resaltados adicionados).

Tales consideraciones son válidas en nuestro Derecho por cuanto el juez de alzada, en virtud de la apelación, debe realizar una revisión *ex novo*, total, de la controversia decidida por la primera instancia del juicio, y así bien podría aprovechar el punto de vista del juez de inferior jerarquía

[27] Stein. *Op. cit.*, p. 125.

como un medio de conocimiento o descartar la máxima de experiencia usada por él y así su posición sería idéntica a la que tiene frente a un dictamen pericial.

Ciertamente, nada obliga al tribunal superior a utilizar las opiniones o puntos de vista del *a-quo* y por ello es posible que una máxima de experiencia técnica acogida por el tribunal de primera instancia sea desestimada por el juzgado superior, ya que sólo el valor material que ésta tenga será decisivo para que el tribunal la acepte o no, lo cual vale también –y con más razón– respecto de las máximas de experiencia común. No teniendo el tribunal de alzada que atenerse a máxima de experiencia alguna afirmada o negada por el juez de la primera instancia, surge la importancia que para las partes tendría la oportunidad de desplegar ampliamente su actividad probatoria, tendente a la **contraprueba de las máximas de experiencia común** y más aún, a la **prueba o contraprueba de las máximas de experiencia técnica, en la segunda instancia del proceso**; lo cual, dada la anotada restricción probatoria existente en nuestro procedimiento civil ordinario, establecida en el ya transcrito artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, **aparenta** ser imposible.

Probablemente a ello obedezca la utilización del verbo **«suministrar»** en la interrogante formulada por la Cátedra como asignación que se cumple mediante el presente estudio: **¿Las máximas de experiencia técnica pueden ser suministradas en la alzada?**; por cuanto siendo que las máximas de experiencia técnica deben ser **probadas**, no se hace en dicha interrogante referencia a su **prueba** en segunda instancia.

La relación entre prueba pericial y máxima de experiencia –como antes se expresó– es tan estrecha que constituye el fin propio del medio probatorio y tal medio, es decir, la experticia o prueba pericial no es admitida en la segunda instancia del juicio por tajante mandato expreso contenido en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil.

¿Queda sólo entonces a la parte interesada en la **prueba** de una **máxima de experiencia técnica**, tan sólo **suministrarla** al juez de la apelación? ¿A la parte interesada en la **contraprueba** de una máxima de experiencia técnica sólo le queda la posibilidad de **suministrar** una máxima de experiencia técnica contraria?

Dado el carácter de orden público que como toda norma de procedimiento reviste el mencionado artículo 520 del Código de Procedimiento

Civil, la respuesta luce afirmativa. Siendo así, corresponde establecer en qué oportunidad procesal pueden las partes **suministrar** tales máximas de experiencia técnica al juez de alzada. En tal sentido, la oportunidad parece circunscrita al único acto de parte previsto en la tramitación del juicio en segunda instancia: la presentación de los informes, lo cual otorga además la oportunidad de contradicción a la contraparte mediante las observaciones de los informes (Arts. 517 y 519 del CPC).

Así, la máxima de experiencia técnica sería **para el juez de la apelación** sólo un **medio de apreciación de los hechos** del proceso. De manera pues, que pueden las partes **en la segunda instancia**, bajo el argumento de tratarse de **máximas de experiencia técnica** –que no hechos– **suministrárselas** al juez de la apelación, como instrumentos para que pueda fundamentar y decidir adecuadamente, caso en el cual la máxima cumpliría la misma función que los llamados «argumentos de hecho» cumplen en el proceso en cuanto al silogismo fáctico, con la clara **diferencia** de estar éstos referidos a **hechos concretos** y las máximas de experiencia técnica constituir **principios generales contentivos de juicios de valor**. El conocimiento por el **juez de alzada** de las máximas de experiencia técnica que le **suministren las partes** le permitiría, siendo definiciones o principios generales, **reforzar su silogismo sentencial** a partir de una mejor comprensión de la situación controvertida.

En el entendido cierto de que los tres (3) medios de prueba admitidos en segunda instancia a tenor de lo establecido en el artículo 520 del CPC son medios de prueba de los **hechos,** cabe en este punto preguntarse si bajo el argumento de tratarse de **juicios o máximas y no de hechos**, podría la parte interesada **probar** una máxima de experiencia técnica (**principio o regla**) en la alzada.

En tal sentido ha expresado el profesor **Cabrera Romero** que si se casan las sentencias por desaplicación o mala aplicación por el juez de las máximas de experiencia comunes, pues con más razón se puede hacer en el caso de las técnicas y agrega que tales máximas de experiencia técnica, en cuanto son máximas que deben ser probadas y no hechos, no se encuentran sometidas a los rigores de los lapsos establecidos en las normas que regulan la prueba de los hechos.

Es así entonces posible –de acuerdo con la precedentemente expuesta opinión– la **prueba** de máximas de experiencia técnica **en la segunda instancia**, mas, dada la anotada restricción probatoria que existe respecto

de los medios de prueba admisibles en la tramitación el juicio en alzada, estimo que ello puede producirse si **suministrada** la máxima de experiencia técnica por alguna de las partes en el acto de presentación de informes –sea o no contradicha por la contraparte mediante las observaciones que haga de los mismos, por cuanto no se trata de la prueba de los hechos– **podría** el juez a solicitud de parte o ex oficio acordar la apertura de la articulación probatoria prevista en el artículo **607** del Código de Procedimiento Civil, pues su tramitación garantizaría la **contradicción y control** en la prueba de la máxima de experiencia. Dada la naturaleza del medio de prueba y la brevedad del lapso de evacuación probatoria previsto en la citada norma procesal, quizás sería necesaria una extensión o prórroga de dicho lapso, pero probada así la máxima de experiencia técnica y analizada como sea según las reglas de la sana crítica, en virtud de no existir regla legal expresa para su valoración en la sentencia, (Artículo 507 del Código de Procedimiento Civil), podría constituir premisa mayor del silogismo sentencial que ha de realizar el juez superior.

Con ello se estaría dando valor a la opinión de **Carnelutti** acerca de ser más conveniente ocuparse de la **estructura** y no de la **regulación positiva del proceso probatorio**, al considerar los **medios** que se le ofrezcan al juez para que pueda procurarse en el proceso los conocimientos que no posea, antes que las **condiciones** en que lo haga. En todo caso, al igual que en la cuestión de hecho y la cuestión de derecho, **los jueces están obligados a motivar las máximas de experiencias**, es decir, los jueces son soberanos en cuanto al establecimiento de los hechos, pero no lo son en cuanto al íter argumentativo seguido para fijarlos. De la misma manera que los jueces determinan cuál es el derecho aplicable al caso en concreto, pero no pueden eludir el mecanismo que deban seguir para fijar los hechos o aplicar el derecho, es decir, excluir de motivación sus decisiones; para garantizar que el proceso se cumpla, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 4-8-1993, estableció que las máximas de experiencia no escapan al requerimiento de la motivación. Igualmente se ha establecido que en la aplicación de las presunciones, deben estar éstas respaldadas por los fundamentos en las que se apoye.

Conclusiones

Resulta insoslayable referir que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil al imponer a los jueces, entre otros, los deberes de verdad

y de sujeción a la ley, los autoriza según **la letra** de dicha norma, para fundar sus decisiones en los conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia; y es tal la relevancia que el legislador atribuye a tales máximas de experiencia que en su artículo 313 ordena declarar con lugar el recurso extraordinario de casación, cuando la sentencia viole una máxima de experiencia, siempre que tal infracción haya sido determinante en lo dispositivo del fallo.

De allí que haya sido fundamento y punto de partida del presente trabajo determinar si el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil es una norma de derecho procesal. **José Andrés Fuenmayor** la considera íntimamente relacionada a la contenida en el artículo 254, afirmando que la primera «encierra una petición de principio» y es de derecho procesal y, para que se cumpla, los jueces deben tener por norte la verdad, siendo ésta la que conste y esté probada en sus elementos de hecho en autos y que la segunda de estas normas se refiere «a la estructura de la sentencia». Sin embargo, a pesar del tratamiento que le ha dado la jurisprudencia patria, al citado artículo 12 del CPC estimo que no es solamente una norma de derecho procesal, ya que como afirma **Escovar León**, en su parte final es una norma de derecho sustantivo que contiene además reglas de interpretación de los contratos y contiene elementos de derecho natural al establecer la posibilidad de que el juez funde su decisión en máximas de experiencia[28], asuntos que consideré aplicables al tema estudiado y a las conclusiones expuestas al dar respuesta a la interrogante que le da contenido.

En efecto, la actual concepción menos formalista del derecho otorga carácter universal al tema de la interpretación jurídica. Así, los jueces no sólo deben atenerse a la **norma jurídica** para la solución de asuntos jurídicos, sino que también deben considerar que existen **directrices y principios** que no se pueden soslayar ante la letra de los textos que sirven de fundamento a las decisiones judiciales. Tal tesis, ampliamente estudiada por **Ronald Dworkin**[29] y aun cuando se fundamente en la sociedad anglosajona, otorga resultados y aportes importantes al tema de la decisión judicial.

---

[28] Escovar León. *Op. cit.*, p. 411.

[29] Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, Cap. 2, pp. 22 y ss.

El autor parte de un análisis del razonamiento jurídico para arribar a la toma de una decisión judicial aceptable, reacciona contra el positivismo jurídico y en ese afán estudia el derecho mediante el análisis del razonamiento judicial y presenta una reflexión de tipo metodológico: Teniendo al Derecho como un sistema jerarquizado de normas y como una entidad previamente establecida dentro de un orden jurídico representado por los principios generales consagrados en legislación, reacciona contra el positivismo jurídico (corriente que considera el derecho como dentro de ellos, especialmente los principios constitucionales, considera que el Derecho es y debe ser objeto de permanente interpretación. Considera que el Derecho es fruto de las aplicaciones judiciales y que para llegar a conocerlo debe tenerse en cuenta la historia y la sociedad donde se aplica la regla. Con su aporte objeto de interpretación, sin atender a los principios morales o políticos de la sociedad).

Por ello se le ubica dentro de la moderna corriente del pensamiento jurídico denominada **realismo jurídico.** De las consideraciones de este autor resulta que la solución a los problemas no se encuentra en la aplicación o no de las normas estrictamente, sino más bien en la búsqueda de los principios de derecho que puedan actuar con fuerza de equilibrio en el debate interpretativo y en consecuencia, hacer **que la decisión judicial considere los principios generales del Derecho y no se atenga exclusivamente a las normas escritas y nada más.**

Obviamente ello no implica que la decisión judicial sea contraria a derecho o arbitraria, ya que por el contrario, orientarán al juez en la búsqueda de una decisión adecuada en tanto y en cuanto ésta se corresponda con el medio objeto de aplicación. Así, los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad que procurarán conocer en los límites de su oficio, tal como prescribe el artículo 12 del CPC, lo que supone que debe decidir conforme a derecho, en lo cual juegan un papel determinante los principios jurídicos y las reglas de la experiencia.

El mencionado autor norteamericano recurre a un símil entre el juez y un escritor a quien se le encarga el capítulo de una novela ya comenzada por otro; tarea que exige aunado al esfuerzo intelectual individual, otro adicional que por sus características puede ser llamado la «novela en cadena», o producción «de este tipo de trabajo intelectual». En el caso de la tarea que debe efectuar el juez, todas sus actuaciones deben estar

dirigidas y orientadas por una especie de «cadena», en donde cada una de sus acciones, como sucede en «las buenas novelas, debe ser armoniosa y coherente antes de tomar la decisión. Allí radica la similitud entre el buen juez y el buen escritor»[30].

Los problemas del razonamiento jurídico son materia universal y existen actualmente esfuerzos por buscar soluciones satisfactorias. Sin embargo, de la disposición legal contenida en el **artículo 12 del CPC** se advierte en tal sentido cierta **ambigüedad** al exigirle al juez atenerse a las normas de derecho y a la vez imponerle la limitante de que al aplicar la norma jurídica sólo debe atenerse a la verdad del expediente, la cual para muchos nada tiene que ver con la verdad material. Tal dualidad interpretativa hace posible que se produzcan conclusiones absurdas, casi siempre inadecuadas a la realidad.

Por ello ¿cómo puede explicarse entonces que en nuestro ordenamiento jurídico la violación de una máxima de experiencia sea motivo de la casación de fondo, si el Derecho se reduce a una norma jurídica?

Apelando al criterio de **Dworkin**, quien sostiene que debe admitirse el valor de los principios y directrices como parte del Derecho, a la fuerza de la discreción judicial y a la posibilidad de admitir determinadas proposiciones jurídicas basadas en la práctica social. Así, es correcto admitir que en la argumentación y razonamiento jurídico se deben tomar en cuenta los principios jurídicos y las máximas de experiencia, de donde surge que la posición del mencionado autor sea una referencia importante al acometer la interpretación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano, por cuanto:

1°) El positivismo no puede dar respuesta al Derecho cuando existen pautas diferentes a las reglas, esto es, principios; ya que éstos tienen una dimensión que no tienen las reglas: la dimensión de peso o importancia.

2°) Cuando son dos o más los principios en conflicto se debe privilegiar al que tenga mayor peso, más cuando el conflicto se presenta ente dos o más reglas jurídicas, no puede darse la misma

[30] Ronald Dworkin. *Op. cit.*, pp. 228-232.

solución, en virtud de que las mismas no pueden ser evaluadas según el criterio de peso o importancia.

Si el juez se circunscribe a aplicar la ley o su texto literal, serán muchas las situaciones que no podría resolver.

La tesis de **Dworkin** demuestra que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano no es una norma rígida, como sería entendida bajo el lente del positivismo jurídico clásico, ya que el juez puede fundar su decisión en máximas de experiencia de cualquier índole, atendiendo también en el desempeño de esa tarea, a los principios, privilegiando a los que tengan mayor peso.

Todo esto confirma así lo indicado al inicio de este estudio respecto de la **inmutabilidad de los principios generales del Derecho** y la importancia que reviste que el juez en el desempeño de su labor los preserve y no se encuentre ajeno a la **realidad que circunda las situaciones** sometidas a su conocimiento y decisión, la cual, de esta manera se acercará más fácilmente a ser una **decisión justa, merecedora de tal calificativo en tanto haga menor la distancia entre la realidad de los hechos y el sistema jurídico formal**, lo cual justifica los criterios expuestos en el presente trabajo.

Anexos

Extractos

Sentencia N° 241 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 00-376 de fecha 30/04/2002

MATERIA: Derecho Procesal Civil
TEMA: Máxima de Experiencia
ASUNTO: Forma de denunciar la violación de una máxima experiencia

«... Dada la función unificadora de la legislación y uniformadora de la jurisprudencia de la casación, la denuncia de una máxima de experiencia supone la demostración de que la misma fue empleada por el juzgador en la premisa mayor del silogismo, integrándola a la correspondiente norma jurídica fundamento de la decisión, que es, en definitiva, la norma que resulta infringida...».

Sentencia N° 304 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 00-011 de fecha 11/08/2000

MATERIA: Derecho Procesal Civil
TEMA: Máxima de Experiencia
ASUNTO: Concepto de máximas de experiencia

«...las máximas de experiencia son conocimientos normativos que pertenecen a la conciencia de un determinado grupo de personas, espacio o ambiente; en fin, son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos posteriores de cuya observación se han incluido y que, por encima de esos casos, pretendan tener validez para otros nuevos...».

Sentencia N° 113 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 99-832 de fecha 13/04/2000

MATERIA: Derecho Procesal Civil
TEMA: Máxima de Experiencia
ASUNTO: Casación. Máxima de experiencia. La denuncia en casación de violación de una máxima de experiencia

La denuncia de una máxima de experiencia, supone la demostración de que la misma fue empleada por el juzgador en la premisa mayor del silogismo, integrándola a la correspondiente norma jurídica fundamento de la decisión, que es en definitiva la norma que resulta infringida. Por lo tanto, el formalizante que denuncia la violación de una máxima de experiencia, debe alegar la infracción del artículo 12 del CPC, con precisa indicación de la máxima de experiencia infringida, la infracción de la correspondiente norma jurídica y dar cumplimiento a los requisitos que al efecto establece el ordinal 3° del artículo 317 del mismo Código.

Sentencia N° 287 de la Sala de Casación Social de fecha 16/05/02

«En efecto, las máximas de experiencia **a pesar de su origen fáctico son derecho**, al punto de que su violación puede conducir a la casación del fallo, por disposición del ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, al no ser derecho promulgado, sino emanado de la experiencia común de la sociedad en un lugar y tiempo determinado, no son "regla legal expresa", y su violación no da pie al excepcional examen por la casación de los hechos establecidos por los jueces de instancia».

Algunas Doctrinas del Tribunal Supremo Español:

*****«Que, al igual que los *facta concludentia*, tampoco constituyen presunciones, en sentido propio y técnico, las llamadas *máximas de experiencia*, deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia[...]».

*****«Con independencia de que no todo razonamiento lógico implica presunción en el sentido técnico-jurídico, pues no lo son las llamadas «máximas de experiencia», deducciones o inferencias lógicas basadas en experiencia jurídica y vital, también calificadas como juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia, también tiene repetido esta Sala hasta la saciedad que el cauce casacional para combatir el hecho base de una presunción es el ordinal 4° del artículo 1692 de la LECiv, lo que sin duda no se utiliza en el caso que nos ocupa al tener que basarse en documento literosuficiente obrante en autos que revele el dato erróneo, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios[...]».

*****«Las llamadas máximas de experiencia, juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes, determinantes de conclusiones razonables en el orden normal de la convivencia que el Juez, sin excederse o sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes, puede utilizar, con la consecuencia de serle aplicada en casación la doctrina de su inatacabilidad si la aplicación o inferencia es razonable[...]».

*****«Según enseña **máximas de la experiencia especializada, utilizables directamente por los tribunales, como acervo del propio o privado conocimiento, atendido su carácter abstracto y general**».

La Jurisprudencia Vinculante de la Sala Constitucional y el principio *iura novit curia*

Francis Marval*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

El objetivo de este ensayo, es responder si la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional prevista en el art. 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tiene la carga de ser probada por quien la invoca o cae dentro del principio *iura novit curia*, interrogante planteada por el profesor Eduardo Cabrera, magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la Cátedra de Pruebas, impartida en el Componente Avanzado del Programa de Formación Inicial, de la Escuela Nacional de la Magistratura. Para abordar esta pregunta es necesario precisar qué debe entenderse como jurisprudencia vinculante, definir el principio *iura novit curia* y la carga de la prueba.

La Jurisprudencia Vinculante de la Sala Constitucional

La Constitución de la República Bolivariana del año 1999, creó la Sala Constitucional como órgano especializado en la materia constitucional, y la instituye como máxima y última intérprete de la Carta Magna. El artículo 335, del texto constitucional, le atribuye carácter vinculante a las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, los cuales obligan a todos los tribunales de la República y las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia. El carácter vinculante de dichas interpretaciones, es de conformidad con la exposición de motivos de la Constitución, el principal instrumento de la Sala Constitucional para fortalecer la justicia constitucional, darle eficacia al texto fundamental y brindar mayor seguridad jurídica a los ciudadanos.

El artículo 335 de la Constitución, al prever la obligatoriedad de la interpretación de la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, fija las bases de la jurisprudenc-

cia constitucional vinculante. Se circunscribe a la interpretación de normas constitucionales de cualquier índole, y de principios constitucionales inclusive no escritos emanados del ordenamiento jurídico constitucional.

Es conveniente, referirse a la postura que ha mantenido la Sala Constitucional en relación al significado del Art. 335, en relación al carácter vinculante de las interpretaciones sentadas por ella. Visión, según la cual el artículo 335 en concordancia con los artículos 7 y 334 de la Constitución, le confiere competencia para velar por la correcta interpretación y aplicación de la Carta Magna por los Tribunales y demás operadores jurídicos. Tal facultad se ejerce acudiendo bien a mecanismos previstos en la Constitución o en las leyes, bien por otras vías que esa Sala estime adecuados para cumplir con la función interpretativa. Vid. Sentencias del 09 de noviembre del 2000, 25 de enero y 06 de febrero del 2001, Números 1347, 33y 93, Ricardo Combellas, Baker Hughes S.R.L. y Corpoturismo.

En tal sentido, la Sala Constitucional en sentencias posteriores, Nros. 130 del 19 de julio del 2001 y 1860 del 05 de octubre del 2001, estimó que cualquiera interpretación que establezca principios, valores y aclare el sentido de las normas constitucionales, independientemente del mecanismo procesal para ello tiene carácter vinculante que pudiera ser de forma general o sólo para resolver casos similares al caso previamente decidido por la Sala.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha distinguido dos vertientes del efecto vinculante previsto en el artículo 335 de la Constitución, uno referido a la interpretación abstracta y directa de la norma suprema, y otra relativa a su interpretación para la resolución del caso concreto. Así lo expresó la sentencia 19 de julio del 2001, en el cual se estableció invocando los artículos 334 y 335 de la Constitución, una discutible distinción dentro del ámbito de las atribuciones de dicha Sala. Por un lado estaría la *jurisdictio* como labor de resolución de casos concretos, del cual emergen normas individualizadas cuya obligatoriedad sólo podría invocarse conforme a la técnica del precedente y por el otro lado se encontraría la *jurisdatio* basada en la interpretación general o abstracta que tendría efectos *erga-omnes* y representaría una interpretación cuasi auténtica o para constituyente, que profiere el contenido declarado por el texto constitucional.

Al fijar tal distinción, la Sala Constitucional, otorgó más relevancia a la primera vertiente, que se denominó *jurisdatio*, en la que atañe a su repercusión en la interpretación de la Constitución. Pero en la praxis judicial, ha tenido mayor importancia las dictadas en procesos constitucionales específicos, se ha desarrollado la denominada jurisdicción normativa, es decir, el establecimiento de criterio con valor *erga omnes*, destinados a colmar insuficiencias existentes en la legislación a causa de falta de adaptación a la nueva Constitución, se trata de interpretaciones proferidas con motivo de un caso concreto pero que deliberadamente lo trascienden.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha acudido frecuentemente a la categoría del precedente, y a la noción de *ratio decidendi*, para delimitar los efectos vinculantes de las sentencias de efectos extensivos, al distinguir entre la interpretación directa o abstracta de la Constitución y la que produce en situaciones particulares, en este último supuesto la obligatoriedad de su sentencia se limita a casos similares al resuelto, que queden cubiertos por el precedente. En otras ocasiones, ha establecido de manera expresa el carácter vinculante de la *ratio decidendi*, es decir la razón que sirve de justificación al fallo, cuando interprete el sentido y alcance de una norma del bloque constitucional ordenado la publicación de la sentencia en la *Gaceta Oficial*.

La aplicación del principio del *stare decisis* y de los precedentes implica determinar los contenidos de las sentencias que resultan obligatorios en procesos futuros. De ahí surge la distinción entre la *ratio decidendi* o *holding* y los *ober dicta* o *dicta*. La primera ésta compuesta por razones básicas y necesarias que fundamentan la parte resolutiva o dispositiva de la sentencia, en cambio, las segundas son afirmaciones complementarias o tangenciales emitidas en el pronunciamiento judicial. Sólo la *ratio decidendi* integra el precedente vinculante, que rige los casos sustancialmente iguales que se presenten posteriormente, y se extiende a otros casos con base al razonamiento analógico. En consecuencia, la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se traduce en la aplicación de la regla del precedente obligatorio en esta materia lo cual implica que la *ratio decidendi* o *holding* de las sentencias que resuelvan disputas constitucionales debe ser seguida por todos los órganos jurisdiccionales.

Surge una interrogante acerca de la posible extensión del efecto vinculante del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana

de Venezuela, a interpretaciones legales realizadas por Sala Constitucional, es indudable que la pura interpretación legal llevada a cabo por dicha Sala al resolver una acción, solicitud o recurso, no posee fuerza vinculante. Pero sí pueden ostentarla las aseveraciones de dicha Sala acerca de la interpretación constitucional necesaria de una disposición legal o en sentido inverso, acerca de la interpretación constitucionalmente excluida de un precepto legal. Sentido contrario, tiene cuando la Sala actúa en el control concentrado de leyes en que las interpretaciones que haga de las normas quedan comprendidas dentro del artículo 335. También se incluye la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, a los que la Constitución reconoce jerarquía constitucional, de conformidad al artículo 23.

Según el Dr. **Rubén Laguna**, las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sobre el contenido y alcance de las disposiciones constitucionales, para ser vinculante deberían cumplir además, con ciertos requisitos complementarios:

1. Que se señale expresamente el carácter vinculante de la decisión. Dicho requisito se estima de ineludible cumplimiento, respecto al alcance y contenido de las normas y derechos fundamentales, pues la ausencia de esta formalidad crearía un gran desconcierto respecto a su acatamiento o sumisión por parte de los ciudadanos, quedando abierta la posibilidad de su cumplimiento en manos de los actores del sistema, desvirtuándose la labor en ejercicio de la jurisdicción que otorgó el texto fundamental.
2. Necesaria publicación de la decisión en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, pues dada la labor interpretativa e integradora del texto fundamental que hace la Sala Constitucional, mediante las decisiones relativas a la interpretación sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, se ésta en presencia de creación de derecho por la jurisdicción constitucional, por tanto las sentencias al tener carácter general, deben ser publicadas.
3. Requisito concurrente con los anteriores, debe fijar en el tiempo los efectos de sus declaraciones, regla general, los efectos ex nunc de las mismas, pues por tratarse de una nueva doctrina, ésta no

debe afectar el caso concreto, sino los siguientes a la publicación del nuevo criterio.

Con la concurrencia de tales requisitos, se estima que quedaría reducida la incertidumbre con respecto al acatamiento de las sentencias tanto por parte de los ciudadanos, como por los órganos encargados de administrar justicia, lográndose de este modo una contribución importante en lo que se refiere a la uniformidad en la interpretación de las normas y principios constitucionales.

Es importante recalcar, que las decisiones emanadas de los tribunales de la República y de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que no acojan las interpretaciones realizadas por la Sala Constitucional, son susceptibles de ser revisadas, y revocadas, esta potestad surge jurisprudencialmente, y tiene como icono la sentencia de la Sala Constitucional Nro. 93 del 06 de febrero del 2001, CORPOTURISMO, en la cual dejó sentado el criterio que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la Republica, están obligados a decidir con base al criterio interpretativo que esa Sala tenga de las normas constitucionales. El hecho de que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia o los demás tribunales, cometan errores graves y grotescos en cuanto a la interpretación de la Constitución, o no acojan las interpretaciones ya establecidas por esta Sala, implica además de una violación o irrespeto a la Constitución, una distorsión a la certeza jurídica y por tanto un quebrantamiento del Estado de Derecho.

Ahora bien, una vez determinado qué debe entenderse como jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, su contenido y alcance podemos concluir que las interpretaciones realizadas por esta Sala del contenido de normas y principios constitucionales, es una fuente creadora de derecho, que por tanto exige que sea publicada en *Gaceta Oficial*, para que pueda tener como las normas jurídicas una característica de certeza y sea conocida por los justiciables y por los jueces quienes están obligados a acogerlas, no sólo por mandato constitucional, con las consecuencias de que puedan ser revisados su fallos al apartarse de la misma, sino también por la aplicación del principio *iura novit curia*, de que el juez conoce el derecho y está obligado a aplicarlo.

No constituye una carga de las partes, porque el derecho en principio está exento de prueba y no se rige por las normas de carga de la prueba.

Pero antes de dar esta conclusión es necesario, definir la carga de la prueba y el contenido del principio *iura novit curia.*

La carga de la prueba

Goldschmidt, la define como un imperativo del propio interés. No se trata de un deber que pueda ser exigido, no hay frente a ella un derecho del adversario o del Estado, la consecuencia del descuido de la parte es el empeoramiento de su situación procesal, la perspectiva de una sentencia desfavorable.

Micheli, diferencia entre deber y la carga de la prueba de la siguiente manera, el verdadero deber indica la necesidad jurídica de un determinado comportamiento establecido por una norma, por lo general en orden a la satisfacción de un interés de un sujeto, al que se le concede un correlativo poder individual. La carga en cambio indica la necesidad práctica de que el titular de un determinado poder lo ejercite cuando quiera obtener un efecto a favor propio. En caso de violación de un deber, se tiene una sanción jurídica, en caso de la carga el no probar significa la derrota. *O provocare o soccombere.*

Según **Silva Melero**, este principio significa que las partes soportan la consecuencia de su inactividad, de su negligencia e inclusive de sus errores cuando éstos no son subsanables.

Devis Echandía, refiere que el principio de la carga de la prueba, contiene una regla de conducta para el juzgador, en virtud del cual puede fallar de fondo cuando falta la prueba de hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar. Implica la auto responsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de la libertad para llevar o no las pruebas de los hechos que la beneficien y la contraprueba de que los hechos que comprobados por el contrario, pueden perjudicarlas, puede decirse que a las partes le es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria por su cuenta y riesgo.

En este sentido, apunta **Rosenberg,** que en el caso de incertidumbre sobre la llamada cuestión de hecho, el juez precisa una instrucción con respecto al contenido de la sentencia que debe dictar, y esta instrucción se la dan las normas relativas a la carga de la prueba. Para decidir la cuestión de derecho, son suficientes los preceptos jurídicos materiales,

según su destino, conforme con la interpretación que la ciencia y la jurisprudencia les han dado o les deben dar. Por eso el problema de la carga de la prueba no puede surgir, cuando las afirmaciones de las partes no se discuten o cuando el tribunal esté firmemente convencido de la verdad o la falta de verdad de las afirmaciones discutidas, sea que esta convicción es el resultado de una recepción de prueba, o que se ha llegado a ella teniendo en cuenta el conjunto de debates. De este modo señala, la teoría de la carga de la prueba es más bien la teoría de las consecuencias de la falta de la prueba.

Concluyendo, la carga de la prueba está referida a que las partes deben probar sus respectivas afirmaciones de hecho, se aplica entonces para los hechos controvertidos no para el derecho, porque éste no se prueba ni se aplican la reglas relativas a la carga de la prueba, éste constituye un deber del juez, de acuerdo al principio *iura novit curia*, el cual definiremos más seguidamente.

El principio *iura novit curia*

Máxima latina, que significa **el juez conoce el derecho**. Para **Carnelutti** este principio significa que la aplicación de la norma de derecho es un problema de conocimiento del orden jurídico, por parte del juez, quien no puede aplicar una norma que no exista, aunque lo afirmen las partes, ni puede omitir una norma que exista, aunque ellas la callen. También afirma que hablar de prueba de las reglas de derecho es un uso impropio de la palabra, porque las entidades abstractas no pueden ser objeto de prueba, exceptuando las consuetudinarias y las extranjeras.

Silva Melero acoge el concepto de Carnelutti y plantea que cuando se trata de costumbre o ley extranjera, no existe actividad probatoria en sentido estricto sino colaboración en una actividad que afecta exclusivamente al juez.

En el mismo orden de ideas, el tratadista, **Devis Echandía**, señala que la aplicación de la norma jurídica, es una función procesal del juez y un deber cuyo cumplimiento no puede eludirse por ignorancia ni siquiera por inexistencia de la norma misma, caso en el cual debe recurrirse a la analogía o los principios generales del derecho. La aplicación de las normas de derecho es un problema de conocimiento del orden jurídico ya

que ellas constituyen el propósito mayor del silogismo judicial y que el juez no queda vinculado por las afirmadas y probadas por las partes.

Cuando la ley no exige la prueba de la norma jurídica la actividad de las partes para demostrarla es en realidad una simple colaboración o un auxilio de la función procesal del juez y por ello basta probar los hechos para que resulte determinada la norma jurídica que el funcionario debe aplicar, sea que la conozca o que necesite investigar su existencia, sólo en ese sentido es cierta, la frase de **Bonnier** cuando se habla de la teoría de las pruebas, no se entiende que se trata de la prueba del derecho. En principio, el derecho no requiere o necesita prueba, es decir no forma parte del *thema probandum*, pero esto no quiere decir que puedan ser objeto de prueba, como ocurre con la costumbre o con el derecho extranjero.

El principio *iura novit curia*, el juez conoce el derecho, se refiere a la ley nacional, a la ley extranjera, a la costumbre como fuente de derecho, a la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional y a la doctrina o derecho científico. En este sentido, **Chiovenda** opina que si bien el juez no está obligado a conocer las normas consuetudinarias y extranjeras, puede valerse de su conocimiento privado, cuando lo posea para aplicarlo y no es indispensable la prueba formal.

Micheli reconoce que la doctrina más reciente le otorga al juez un amplio poder instructorio para la investigación del derecho consuetudinario y extranjero, y que labor de las partes es de simple colaboración, aunque no puede desconocerse que están facultadas para aducir pruebas, libremente valoradas por el juez.

El aforismo *iura novit curia* expresa un principio estructural o institucional del sistema jurídico, de carácter ideológico, que está sustentado por la ficción de un juez profesional, que conoce el derecho y se limita a aplicarlo. Es un principio normativo, es un deber impuesto a los jueces de resolver los litigios utilizando el derecho y sujetándose a ley. Se manifiesta, entonces, en el proceso como una presunción del conocimiento del derecho aplicable por parte del juez, que desempeña al menos dos funciones, una referida al aporte de oficio del derecho aplicable, y otra a la investigación de oficio.

Aporte de oficio del derecho aplicable

Señala los deberes que le corresponden al juez y los correlativos

derechos de las partes, en consecuencia, constituyen deberes del juez derivados del principio *iura novit curia*.

1. Sometimiento del juez a la ley. El conocimiento judicial del derecho es un presupuesto necesario para que los órganos jurisdiccionales cumplan con la obligación de sujetarse a la ley al adoptar sus decisiones. Es un deber del juez conocer el derecho, de conformidad al artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano, el cual establece que 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.
2. La prohibición de *non liquen*. La prohibición de abstenerse de resolver el fondo, contra los principios de la economía procesal y de la eficacia de la función jurisdiccional. Dicho de otra forma, la prohibición de absolver la instancia. En nuestra legislación, el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos y asimismo el que retarde legalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia.
3. La propia obligación del conocimiento del juez como parte de sus deberes como profesional de la administración de justicia.
4. Selección de las disposiciones normativas aplicables, su interpretación o la subsunción de los hechos en la norma jurídica. La aplicación del derecho en forma de afirmación del efecto de un precepto jurídico es el resultado de un silogismo, en el que el precepto jurídico abstracto constituye la premisa mayor y el conjunto de hechos concretos, comprobados como verídicos representa la premisa menor.

La manifestación más importante del aforismo *iura novit curia* en su vertiente de aporte de oficio, es que el juez no se encuentra vinculado por las alegaciones de las partes. Haciendo la salvedad que el demandante debe señalar el fundamento legal de su pretensión, art. 340 del Código de Procedimiento Civil venezolano, aunque sea necesario invocarlo en la demanda, el juez puede apartarse de dicha calificación jurídica. Lo que conlleva que aunque las dos partes del proceso estén de acuerdo en

silenciar u omitir una norma el juez está en la obligación de aplicarla, y el juez puede apartarse o alterar la calificación jurídica de los hechos efectuados por las partes, cuando ese cambio no signifique una mutación de los elementos objetivos de la demanda.

La investigación de oficio del derecho aplicable.

Exime a las partes de la carga de probar el derecho en que sustentan. Para resolver el litigio el juez debe procurar por sí el conocimiento de los materiales jurídicos para darle la solución prevista por el sistema jurídico. Siendo innecesaria la prueba del material jurídico normativo. Lo que expresa el aforismo es que compete al órgano judicial la investigación del derecho aplicable al litigio, sin que importe cómo logra alcanzar el conocimiento jurídico necesario para resolver el asunto. Por tanto el principio *iura novit curia* no excluye la práctica de la prueba en relación con las normas jurídicas, sino que lo que estarían expresando es que a éstos no les son aplicables las reglas de la carga de la prueba. En el proceso ocurre un reparto de tareas, a las partes le corresponde probar los hechos y al juez investigar y aplicar el derecho.

Deberes de los órganos jurisdiccionales, de investigar el derecho aplicable

1. El juez debe procurarse por los medios que considere más adecuados, el conocimiento producto de los materiales jurídicos necesarios para resolver el litigio por medio de una decisión ajustada a derecho, intrínseco a la función jurisdiccional.
2. Debe resolver los asuntos que conozca por medio de las normas jurídicas que proporcionan las fuentes de derecho del sistema jurídico.

Consecuencias del principio iura novit curia

1. El derecho no se prueba, porque es un deber del juez conocerlo, el objeto de la prueba son los hechos y no el derecho.
2. El derecho no está sujeto a prueba en principio, el juez lo produce y si es oscuro lo interpreta, es una función del juez que no puede ceder a nadie.

3. No hay carga de la prueba, el juez debe investigar el derecho, pero las partes pueden coadyuvar con el juez para que lo conozca, particularmente si se trata de derecho extranjero o consuetudinario.

Para concluir podemos afirmar que la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, está inmersa dentro del principio del *iura novit curia*, porque como se ha planteado reiteradamente, las interpretaciones que realiza la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, son creadoras de derecho, de carácter general y efecto *erga omnes*, en la mayoría de los casos, por tanto deben ser conocidas y aplicadas por los jueces y las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, por mandato constitucional de conformidad al artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dichas sentencias son susceptibles de ser revisadas en sede constitucional y por ende revocadas.. En consecuencia, no constituyen carga de las partes, no están obligados a probarla porque el derecho en principio está exento de prueba y del cumplimiento de las reglas de la carga de la prueba, no conlleva consecuencias negativas para las partes. La jurisprudencia vinculante forma parte del derecho que el juez debe aplicar y conocer, y si no la conoce debe investigarla. Por el contrario es un deber del juez, su incumplimiento puede constituir un grave error inexcusable que pudiera conllevar la imposición de sanciones al juez. En atención a la aplicación del principio del *iura novit curia*.

Bibliografía

CASAL H., Jesús María (2006). *Constitución y Justicia Constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello, 4ta edición. Caracas.

CASAL H., Jesús María. Cosa Juzgada y Efecto Vinculante en la Justicia Constitucional. *Revista de Derecho Constitucional*. 08 de julio del 2003. Editorial Showord.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Quinta edición. Víctor P. de Zavalia. Buenos Aires.

DÍAZ CANDIA, Hernando. El Principio *Stare Decisis* y el Concepto de Precedente Vinculante a efectos del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. *Revista de Derecho Constitucional*. 08 de julio del 2003. Editorial Showord.

ESCOVAR, León Ramón. El Precedente Constitucional, definición y límites. *Revista de Derecho Constitucional*. 08 de Julio del 2003. Editorial Showord.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (2000). *Iura Novit Curia y la aplicación judicial del derecho*. Editorial Lex Nova Valladolid. España.

LAGUNA NAVAS, Rubén J. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Su Rol como máxima y última intérprete de la Constitución*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005.

MUÑOZ SABATÉ, L. (1967). *Técnica Probatoria. Estudio de las Dificultades de la Prueba en el Proceso*. Editorial Praxis. Barcelona.

POCATERRO, Zhaydee Alexandra. *La Revisión de Sentencias, Mecanismo de Control de Constitucionalidad creado en la Constitución de 1999*. Colección Nuevos Autores, N° 8, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2006.

ROSENBERG, Leo (1956). *La Carga de la Prueba*. Edicciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires.

SENTÍS MELENDO, Santiago (1959). *La Prueba*. Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* N° 5453 Extraordinario.

Código de Procedimiento Civil de Venezuela.

Bibliografía

Incidencia de las costumbres no jurídicas en el principio *iura novit curia*

Rubén Darío Morante Hernández*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

67. ¿Determine usted si existen costumbres no jurídicas y si éstas caen dentro del principio *iura novit curia*?

La respuesta a la interrogante supra transcrita, resulta afirmativa y, se verifica, cuando en presencia de lagunas legislativas y, conceptos jurídicos indeterminados, el sentenciador, haciendo uso de sus facultades jurisdiccionales y, a través de formas libres de aprehensión, recurre a la costumbre no jurídica, para integrar la norma, supuesto ante el cual, la costumbre no jurídica, se transforma, en costumbre jurídica, esto, producto de su reconocimiento tácito, por parte del Estado; todo, conforme a los extremos que, nos permitimos narrar a continuación:

I) De la costumbre no juridica

En principio, debemos comenzar por señalar que, en opinión de José Manuel Delgado Ocando:

> La costumbre, se define como el uso implantado en una colectividad mediante la convicción de que ese uso tiene carácter obligatorio... (omissis)...Jellinek, a quien hemos citado en otra oportunidad, dice que la naturaleza de la costumbre debe ser esclarecida en relación a lo que él llamó la fuerza normativa de lo fáctico. La fuerza normativa de lo fáctico significa que cuando ocurre un hecho de una manera habitual, de una manera reiterada, esa reiteración, o esa habituación de las personas a cumplir un acto en una misma forma, implica al mismo tiempo lo debido. Lo lícito está determinado precisamente por la reiteración del comportamiento. Jellinek habla de la fuerza normativa de lo fáctico, porque lo acostumbrado o lo habitual se transforma así en lo debido. La persona se comporta en una forma determinada y esta manera de comportarse habitualmente crea en la colectividad el criterio de que esa práctica constante es al mismo tiempo algo obligatorio[1].

[1] J.M. Delgado Ocando. *Lecciones de Introducción al Derecho*. 4ª edic. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004, pp. 185-186.

Y, es considerada no jurídica, en tanto, no sea reconocida, por el Estado; en tal sentido, Eduardo García Maynez, sostiene:

> ...El reconocimiento de la obligatoriedad de una costumbre por el poder público puede exteriorizarse en dos formas distintas: expresa o tácita. El reconocimiento expreso realizarse por medio de la Ley. El legislador establece por ejemplo, que a falta de precepto aplicable a una determinada controversia, deberá el juez recurrir a la costumbre. El reconocimiento tácito consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos...[2].

En este orden de ideas, José Manuel Delgado Ocando, sostiene:

> ...ese elemento es el reconocimiento expreso o tácito del Estado. Para que una costumbre pueda considerarse como auténtico Derecho, no basta que haya un comportamiento habitual en un sentido determinado y que, al mismo tiempo, exista la convicción de que ese comportamiento es obligatorio, sino que es imprescindible que el Estado ratifique, o confirme, que este precepto consuetudinario tiene carácter legal. Si falta la confirmación o la ratificación del Estado, es claro que entonces no se puede hablar de un auténtico Derecho. Esto es la consecuencia de la positividad que se atribuye al Derecho. El Derecho, para que pueda valer, es imprescindible que esté puesto o establecido por la autoridad competente. Desde luego, este establecimiento no es en todo caso expreso. Puede darse el hecho de un establecimiento tácito, como ocurre en el caso del Derecho consuetudinario. Por eso la positividad –según se explicó en otra lección– es la referencia directa o indirecta del precepto jurídico al órgano que lo pone. En el hecho del Derecho legislado, la referencia es directa en el caso del Derecho consuetudinario la referencia es indirecta; pero en toda circunstancia, para que el Derecho valga como tal, es imprescindible referirlo a una autoridad que lo hace valer. El establecimiento, repito, puede ser expreso o tácito. Tomando como base esta idea, se dice que hay un tercer elemento de la costumbre jurídica: El reconocimiento expreso o tácito del Estado. A) Se habla de un reconocimiento expreso, cuando la Ley remite, en una forma expresa, a la costumbre y la reconoce como una fuente formal del Derecho. Cuando el Código Civil o el Código de Comercio, o cualquier ley remite a la costumbre, hablamos de un reconocimiento expreso del Derecho consuetudinario por parte del Estado. B) Pero cuando no hay ese reconocimiento expreso, sino que el precepto consuetudinario se aplica por vía jurisdiccional, es decir, cuando los jueces aplican el precepto consuetudinario sin que la Ley remita al juez a la costumbre, se dice que el reconocimiento es tácito o implícito. La diferencia consiste, pues, en que en el

[2] E. García Maynez. *Introducción al Estudio del Derecho*. 31ª edic. Editorial Porrua, S.A, México, 1980, p. 63.

reconocimiento expreso, es la Ley la que debe remitirnos a la costumbre; y en el reconocimiento tácito o implícito, a pesar de que falte esa remisión, el juez aplica la costumbre al caso planteado. Como veremos inmediatamente, en el Derecho Civil venezolano la costumbre es reconocida expresamente como fuente de una manera excepcional, porque en las fuentes integradoras del Derecho, enunciadas en el artículo 4° del Código Civil, se dice que cuando no hay una disposición expresa de la Ley debe recurrirse a la analogía o a los principios generales del Derecho, pero no se hace alusión expresa a la costumbre. Sin embargo, en algunas disposiciones aisladas –como vamos a ver en esta misma lección– se hace referencia a la costumbre como fuente supletoria del Derecho»[3].

Adicionalmente, en cualquiera de los casos, esta costumbre no jurídica, para ser incorporada al campo del Derecho, debe ser lícita, tal y como acertadamente lo apunta, José Rafael Hernández Gordils, al manifestar: «...Lógicamente, que la legislación y la jurisprudencia, han ejercido una gran influencia en el Derecho consuetudinario, al grado tal que hoy se sostiene que la costumbre necesita ser ratificada por el Estado y tener un objeto lícito»[4]. Un ejemplo típico de una costumbre ilícita, viene dado, por la costumbre *contra legem*, la cual, en opinión de José Manuel Delgado Ocando, es: «...cuando el Derecho consuetudinario desarrolla un contenido contrario al Derecho legislado...»[5]. Este tipo de costumbre –*contra legem*– se encuentra expresamente prohibida, en nuestro sistema jurídico, por el artículo 7 del Código Civil, cuyo contenido, es del tenor siguiente: «Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean»[6]. Motivo por el cual, en este caso específico, por su abierta ilegalidad, no puede hablarse de costumbre, ni de hecho, ni de Derecho; todo sin obviar que, existen materias, tales como, el derecho penal, el derecho tributario y, el derecho administrativo sancionatorio –entre otros–, en las cuales, por regir el principio de legalidad,

---

3 J.M. Delgado Ocando. *Lecciones de..., cit.*, pp. 186-187.

4 J.R. Hernández Gordils. *Introducción al Derecho*. 2ª edic. Legis Editores, C.A. Caracas, 2006, p. 281.

5 J.M. Delgado Ocando. *Lecciones de..., cit.*, p. 189.

6 E. Calvo Baca. *Código Civil Venezolano. Comentado y concordado*. 3ª edic. Ediciones Libra C.A., Caracas, 1985, p. 21.

previsto en el artículo 49.6°, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[7], no opera la costumbre, en ninguna de sus formas.

II) De la costumbre *Praeter Legem* como principal forma de manifestacion de la costumbre no jurídica

Cuando la costumbre no jurídica, adquiere reconocimiento expreso, por parte del Estado, se transforma en costumbre según la Ley o, costumbre *secundum legem*, la cual, es definida, por José Rafael Hernández Gordils, como: «Las costumbres según la Ley, son aquellas que van en el mismo sentido del texto legal. En ocasiones sirven de orientación al futuro legislador, a los efectos de su inclusión en la reforma que se haga de algún instrumento jurídico»[8]. Y puede considerarse como parte integrante del conocimiento jurídico del juez –*iura novit curia*–, una vez positivada, mediante el reenvío legal. Mientras que, en el reconocimiento tácito, necesariamente, nos encontramos, frente a la costumbre *praeter legem*, la cual, en opinión de José Manuel Delgado Ocando, es considerada como: «...la costumbre que funciona como fuente integradora del Derecho. Cuando no hay una disposición legal expresa, se aplica la costumbre *praeter legem*; es decir, una costumbre que viene a llenar la laguna o el vacío del Derecho legislado»[9]. Y, en palabras de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, es reputada como:

> ...la que actúa en materias no reguladas por normas jurídicas provenientes de fuentes del Derecho escritas, por lo que es el único tipo de costumbre que puede ser considerada como una fuente del Derecho autónoma... (*omissis*)... la costumbre *praeter legem* puede intervenir en caso de una laguna en las disposiciones normativas pertenecientes a fuentes del Derecho escritas...[10].

Siendo precisamente, la costumbre *praeter legem*, la que más abona, al tema objeto de estudio, por cuanto, es considerada, como una fuente autó-

---

[7] **Artículo 49.** «El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:...(*omissis*)... 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes» (http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm).

[8] J.R. Hernández Gordils. *Introducción...*, 2° *cit.*, p. 281.

[9] J.M. Delgado Ocando. *Lecciones de..., cit.*, p. 189.

[10] F.J. Ezquiaga Ganuzas. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. 1ª edic. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2000, p. 114.

noma del Derecho y, permanece en el campo de la costumbre no jurídica, mientras no sea utilizada por el sentenciador, al momento de decidir.

III) *Iura novit curia* y capacidad cognoscitiva del Juez

El aforismo *iura novit curia*, vinculado al «...*brocardo latino 'Da mihi factum, dabo tibi jus'* (Dame el hecho y te daré el Derecho)...»[11].

Ha venido siendo interpretado, como una condición inherente a la investidura de juez y, no al constante proceso de formación cognoscitiva del administrador de justicia, el cual, necesariamente, abarca periodos, anteriores a la función judicial y, se acentúa, en el desempeño de la actividad jurisdiccional *per se*; con relación a este principio, la *Enciclopedia Jurídica Opus*, señala:

> Como casi todos los aforismos, constituye una manifestación espontánea de la vida profesional. Para algunos autores surgió en forma de advertencia. Casi diríamos de exabrupto que un Juez, fatigado por la exposición jurídica de un abogado, le diría: **Venite ad factum. Iura novit curia**; o lo que es lo mismo: «Abogado: pasad a los hechos; la corte conoce el Derecho». Su significación idiomática. Traducir «el juez conoce el Derecho» es dar a la expresión latina un significado jurídico muy de acuerdo con nuestra concepción actual de la función del Juez, pero realizando una versión gramatical bastante libre. El sujeto de la oración es curia que bien puede representar al Juez, al Tribunal, esto es al juzgador en general, pero que idiomáticamente tuvo un significado más amplio en unos aspectos, y más restringido en otros. El verbo **novit** constituye la tercera persona del singular del pretérito perfecto de **nosco, noscis, noscere, novit, notum.** Por la raíz utilizada, debemos entender que se trata de un conocimiento absolutamente logrado y no de un conocimiento que se va obteniendo dentro del proceso; lo cual tiene gran importancia respeto de la otra palabra **iura**, que representa aquello que el Tribunal conoce. **Iura**, en esa forma plural, que sólo puede traducirse por «Derechos», también en plural, ha contribuido a crear confusión acerca del sentido del aforismo. Se ha pensado que los Derechos habían de ser los subjetivos; que, de tratarse del Derecho objetivo, sólo podía decirse en singular que el Juez lo conocía. Y descuidamos que la manifestación más categórica del Derecho objetivo son las leyes, o las normas o los preceptos jurídicos; y que, por tanto, decir, que el Tribunal conoce las normas jurídicas, es de una corrección absoluta. Creo,

[11] Sentencia dictada por el Juzgado Superior Tercero Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha doce (12) de Marzo de dos mil seis (2006), en el expediente número: 5040 (http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/2108-12-5040-.html).

pues, que hoy no se puede poner en duda que, desde un principio, el aforismo se refirió al Derecho objetivo y no a los Derechos subjetivos...[12].

Si bien, al final de la cita, se trata de suavizar, la magnificencia del aforismo, distinguiendo entre Derechos objetivos y, subjetivos, aún así, continuamos viendo al principio, inmerso en la bruma de la utopía; no obstante, corrientes modernas, han tratado de humanizar el aforismo, en consonancia con la capacidad objetiva del sentenciador, al punto que, hoy día, resulta casi unánime, el reconocimiento, de ciertos límites, en torno al conocimiento jurídico del juez, muy especialmente, en materias relativas, al Derecho consuetudinario y, al Derecho extranjero, en tal sentido, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, sostiene:

A pesar de que el aforismo iura novit curia es traducido y entendido en ocasiones como un conocimiento efectivo del Derecho vigente en el sistema jurídico de que se trate por parte del Juez, nadie parece dispuesto a defender que éste conoce realmente todo el Derecho. Por ello está generalizada la idea de que lo que indica el principio iura novit curia es que para resolver cada litigio el juez debe procurarse por sí mismo el conocimiento de los materiales jurídicos necesarios para darle la solución prevista por el sistema jurídico. De cualquier modo, y a efectos del control de la actividad jurisdiccional por los órganos superiores, lo único relevante es que en la motivación de la decisión se aplique el Derecho, sin que importe si lo conoce o no. Naturalmente, lo primero presupone lo segundo, pero es importante mantener la distinción ya que con ello se aprecia mejor que el principio *iura novit curia* funciona como una presunción (iuris tantum para todos los órganos jurisdiccionales y iuris et de iure para los últimos en la jerarquía judicial) de conocimiento del Derecho: se controla que el Juez lo aplica porque se presume su conocimiento, sin que esta presunción (como ninguna otra) requiera de prueba. Lo que expresa el aforismo es que compete al órgano judicial la investigación del Derecho aplicable al litigio sin que importe como lo hace, es decir como logra alcanzar el conocimiento jurídico necesario para resolver el asunto. Aunque luego la cuestión será abordada con más detenimiento, es conveniente advertir ya desde ahora que el Juez puede encontrarse no sólo con un problema del desconocimiento del Derecho aplicable que tenga que solucionar por sus propios medios, sino que la investigación de la norma jurídica que resuelva el litigio puede venir exigida por la imprevisión del legislador acerca de la hipótesis planteada (lagunas jurídicas), por toparse con normas que otorgan al supuesto soluciones jurídicas contradictorias (antinomias), por sugerirle dudas acerca de la inconstitucionalidad, derogación o entrada en vigor de una disposición o de una norma, etc. Por tanto, el principio *iura novit curia* no

[12] E.J. OPUS. *Tomo IV F-I*, 1ª edic. Ediciones Libra C.A. Caracas, 1994, pp. 735-736.

excluye la práctica de la prueba en relación con las normas jurídicas, sino que lo que estaría expresando es que a éstas no les son de aplicación las reglas generales sobre la carga de la prueba. Si éstas la asignan a las partes en relación con los hechos, en virtud del principio iura novit curia la investigación del Derecho aplicable correspondería en exclusiva al Juez[13].

Adicionalmente, debemos manifestar que, frecuentemente, en nuestro ordenamiento jurídico, nos topamos con normas que, si bien, no impiden el ejercicio del *iura novit curia*, por parte del juez, a quien en definitiva, corresponde la calificación jurídica de la acción, aun así, ponen muy en duda, la suficiencia del aforismo, tal es el caso, del artículo 340.5°, del Código de Procedimiento Civil[14] que, exige al libelista, la acreditación de los fundamentos de Derecho; lo mismo sucede, con el artículo 18.4°, de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales[15] y, 21.10, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia[16] –entre otras–. Por tal motivo, en nuestra opinión, el principio *iura novit curia*, resulta en muchos casos, más relativo que, determinante y, éste, es justamente, el caso de la costumbre, donde, de entrada, lo más lógico, es suponer su desconocimiento por parte del juez, sin que ello obste, para que éste, bien las conozca o, en su defecto, pueda incorporarlas, a su conocimiento personal, a través de un *iura novit curia* atenuado, o de segundo grado.

IV) De la constumbre *praeter legem* como formula para integrar la norma en casos de lagunas y conceptos jurídicos indeterminados

Nuestro Código Civil (Arts. 4 y 7)[17], pareciera en principio, no aceptar, la aplicación de la costumbre, como fuente del Derecho, en cualquiera de

---

[13] F.J. Ezquiaga Ganuzas. *Iura..., cit.*, pp. 29-30.

[14] **Artículo 340.** «El libelo de la demanda deberá expresar... (*omissis*)... 5° La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones» (http://www.mintra.gov.ve/legal/codigos/procedimientocivil.html).

[15] **Artículo 18.** En la solicitud de amparo se deberá expresar:... (*omissis*)... 4) Señalamiento del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación...» (http://www.tsj.gov.ve/legislacion/loadgc.html).

[16] **Artículo 20.** «...En la demanda se indicará con toda precisión el acto impugnado, las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncie...» (http://www.tsj.gov.ve/legislacion/loadgc.html).

[17] **Artículo 4.** «A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

sus formas; no obstante, en casos muy puntuales, dicho compendio sustantivo, sienta las bases, para la aplicación de la costumbre, esto, a excepción, de la costumbre *contra legem*, cuya aplicación, se encuentra expresamente prohibida en nuestro sistema positivo; en tal sentido, José Manuel Delgado Ocando, sostiene:

> Ahora vamos a estudiar, en forma muy breve, la situación de la costumbre en el Derecho venezolano. El Código Civil –según acaba de exponerse– no acepta la costumbre contra legem, ni tampoco acepta la costumbre praeter legem; solamente quedaría la costumbre secundum legem que, según se acaba de decir, no es más que la aplicación efectiva del precepto legal. No acepta en principio la costumbre contra legem, porque dice que la ley únicamente puede ser derogada por otra ley; y no acepta la costumbre praeter legem, porque entre las fuentes integradoras no se incluye la costumbre, sino únicamente a la analogía y a los principios generales del Derecho. Sin embargo, hay ciertos casos donde el Código Civil venezolano acepta la costumbre secundum legem. (Puede decirse que la costumbre contra legem no es aceptable en ningún caso, ni como desuso, ni como costumbre abrogatoria; pero en cambio la costumbre secundum legem sí es admitida por el Código Civil venezolano en una forma excepcional, en disposiciones aisladas no como principio general[18].

Sin embargo, no sólo la costumbre *secundum legem*, encuentra cabida, en nuestro sistema jurídico, por cuanto, existen normas que, por su escaso desarrollo legislativo, incurren en lagunas o, en lo que la doctrina ha denominado: «conceptos jurídicos indeterminados», frente a los cuales, surge la costumbre *praeter legem*, como formula idónea, para integrar la norma; tal es el caso, de las tarjas, a que hace escasa mención, el artículo 1383, del Código Civil, cuyo contenido, es del tenor siguiente: «Las tarjas que corresponden con sus patrones hacen fe entre las personas que acostumbran comprobar con ellas las provisiones que hacen o reciben en detal»[19]. Respecto de las cuales, Arístides Rengel Romberg, hace las siguientes consideraciones:

Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho» (http://www.mintra.gov.ve/legal/codigos/procedimientocivil.html). Artículo 7. «Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean» (http://www.mintra.gov.ve/legal/codigos/procedimientocivil.html).

18 J.M. Delgado Ocando, *Lecciones de...*, *cit.*, pp. 191-192.

19 E. Calvo Baca. *Código Civil Venezolano. Comentado y concordado.* 3ª edic. Ediciones Libra C.A., Caracas, 1985, p. 669.

> Las tarjas no las define el Art. 1383 del Código Civil, que se refiere a ellas, sino que establece su valor probatorio así Las tarjas que corresponden con sus patrones hacen fe entre las personas que acostumbran comprobar con ellas las provisiones que hacen o reciben en detal. Este es un medio de prueba que ha caído en desuso y sólo se emplea en escasas zonas campesinas donde no ha sido superado el analfabetismo. Los campesinos que no saben leer ni escribir las usan para probar contratos bilaterales que tienen por objeto la entrega y recibo sucesivos y parciales de productos naturales. Sanojo las define así: «Se llaman tarjas las dos partes de un trozo de madera o de otra materia semejante que se han hendido, de que dos personas se sirven para señalar el número de provisiones que la una hace a la otra». Por su parte Dominici nos dice que «La tarja es un pedazo de madera partido por la mitad, con encaje en las dos fracciones que lo componen, y que pueden de esa manera servir para ir marcando con rayas lo que se saca o compra a fiado: la mitad del listón se la lleva el que compra o entrega, y la otra mitad el que vende o recibe, y al tiempo del ajuste de cuentas acercan las dos mitades y se ven las rayas que corresponden». Cuando los listones no se ajustan –dice Sanojo– teniendo uno de ellos más muescas que el otro, las excedentes no se cuentan, y si el comprador no presenta su tarja, manifestando que la ha perdido, la del vendedor hace plena fe, porque el comerciante no debe padecer por la falta de su deudor; pero si sostiene que jamás ha tenido la tarja, es menester que el comerciante pruebe que realmente ha existido para que la que él tiene recobre su fuerza probatoria[20].

Frente a esta tesis que, niega vigencia, a las tarjas, como medio probatorio, existe otra corriente, mucho más vanguardista, liderada por Jesús Eduardo Cabrera Romero que, reconoce su vigencia, al señalar:

> ...Muchas veces, la existencia de un sistema de tarjas emanará de disposiciones legales, por lo que el sistema no tendrá que ser probado, mientras que en otras oportunidades ellas requerirán de pruebas por ser el medio que contractualmente escogieron las partes para probar determinados hechos...[21].

En este orden de ideas, Maribel Lucrecia Toro Rojas, apunta:

> Hoy día hay una serie de documentos escritos o impresos que pueden asimilarse a las tarjas, tales como los vouchers de las tarjetas de crédito, las

[20] A. Rengel-Romberg. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo Código de 1987*. Tomo IV. *El Procedimiento Ordinario. Las pruebas en particular*. Editorial Arte, Caracas, 1997, pp. 225-226.

[21] J.E. Cabrera Romero. *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. Tomo II, Editorial Jurídica ALVA, S.R.L., Caracas, 1998, p. 91.

> planillas de depósito de los bancos y por qué no incluir aquí, las notas de consumo de los servicios públicos. En caso de los documentos escritos tipo tarjas, cada parte conserva un original idéntico, que debe guardar coincidencia con el otro original, el elemento característico de estos instrumentos es la coincidencia, lo cual se evidencia del artículo 1.383 del C.C., anteriormente transcrito; de acuerdo con él, para que las tarjas hagan fe entre las partes, es requisito indispensable que éstas se correspondan entre sí, no siendo importante, y hasta irrelevante, la firma de los ejemplares[22].

Siendo esta última, la tesis que, ha venido imperando, en nuestra jurisprudencia patria (Vid. Sentencias de la Sala de Casación Civil Nº RC-00877 del 21/12/05 y, Nº RC-00573 del 26/07/07)[23]. En este contexto, resulta oportuno advertir que, en materia mercantil, existen dudas, respecto de la aplicación de la costumbre *praeter legem*, por cuanto, aun cuando, el Código de Comercio (Art. 9)[24], expresamente, remite a ella, existen autores que, señalan que, la costumbre a que hace referencia dicha norma, no es propiamente, una costumbre mercantil, sino simples usos comerciales, en tal sentido, Alfredo Morles Hernández, sostiene:

> Ahora bien, si el artículo 1º del Código de Comercio italiano (de 1865 y de 1882) no se refiere a la concepción romano-canónica de la costumbre, sino a la noción de origen mercantil recogida en los antiguos Estatutos de los comerciantes, evidentemente que el caso es igual en el Derecho Venezolano con el artículo 9º del Código de Comercio, aunque nuestro legislador no hubiera adoptado la redacción exacta del Código italiano. Nuestro Código no puede haberse referido a una institución extraña a la naturaleza y a la evolución histórica del Derecho Mercantil (como es la costumbre en su

---

22 M.L. Toro Rojas. *Revista de Derecho Probatorio*. Número 9, Editorial Jurídica ALVA, S.R.L. Caracas, 1997, pp. 355-356.

23 Sentencia signada con el número: RC-00877, dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha veinte (20) de diciembre de dos mil cinco (2005), en el expediente número: 05418. (http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/rc-00877-201205-05418.htm) y, Sentencia signada con el número: RC-00573, dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha veintiséis (26) de julio de dos mil siete (2007), en el expediente número: 06940. (http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00573-260707-06940.htm).

24 **Artículo 9.** «Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio». (http://www.mintra.gov.ve/legal/codigos/codigocomercio.html).

connotación romano-canónica) sino a la mas sencilla noción de usos o prácticas de los comerciantes, aunque la redacción sea tan impropia que parece comprender ambas nociones. El propio lenguaje del Código lo comprueba: la expresión costumbre mercantil es una de las formas de referirse a los usos y prácticas de los comerciantes (Vivante). Esa expresión no puede entenderse referida a la costumbre –en general– que es una institución de otro carácter y cuya aplicación en el campo mercantil tendría que planearse en la misma forma en que se plantea en el ámbito de las otras disciplinas jurídicas, pero no con base en una disposición legal que no se refiere a ella el artículo 9º del Código de Comercio[25].

No obstante, insistimos, en no encontrar razón suficiente, para que en casos de lagunas jurídicas o, conceptos jurídicos indeterminados, la costumbre *praeter legem*, no encuentre aplicación, como supuesto idóneo, para integrar la norma, aun en el campo del derecho mercantil.

V) Forma de adquisicion cognoscitiva de la costumbre por parte del Juez

No poca, es la diatriba, en torno a la forma de aprehensión de la costumbre, por parte del juez, existen autores que, sostienen que, la costumbre, debe ser inquirida libremente por el juez, sin mayores limitaciones al respecto; al mismo tiempo, otros autores manifiestan que, la costumbre debe ser probada, pero, sin que para ello, medien las reglas propias de la prueba sobre los hechos y, su carga; en tal sentido, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, sostiene:

Un análisis más detallado muestra que el iura novit curia se manifiesta en el proceso como una presunción de conocimiento del Derecho aplicable por parte del Juez, que desempeña al menos dos funciones principales: sintetiza los poderes del Juez y expresa una regla procesal de reparto de la actividad probatoria (la de los hechos correspondería a las partes y la del derecho –cuando sea precisa– al órgano jurisdiccional). Es importante distinguir ambos aspectos, a pesar de su evidente interconexión, ya que dan lugar a problemas diferentes. En definitiva una cosa es la presunción de que el Juez conoce el Derecho a aplicar (y todas las consecuencias que de ello se derivan) y otra el camino que el Juez debe recorrer para adquirir ese conocimiento, los

[25] A. Morles Hernandez. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. 2ª edic. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1987, pp. 96-97.

problemas específicos que comporta y quién y cómo los resuelve. La primera de las funciones del iura novit curia puede ser denominada la aportación de oficio del derecho aplicable y la segunda la investigación de oficio del derecho aplicable»[26].

En este orden de ideas, Jesús Eduardo Cabrera Romero, señala:

Es de vieja data la discusión si la costumbre está o no sujeta a pruebas. Para autores como Sentís (Ex Facto Oritur Ius, publicada en el *Libro Homenaje a Luis Loreto*. 1975), Rosemberg y Carnelutti, la costumbre forma parte del Derecho y en consecuencia está cubierta por el principio iura novit curia, por lo que el Juez debe conocerla y buscarla, correspondiendo a las partes coadyuvar a la búsqueda, sin que ellas tengan que alegarla ni se vean afectadas por las normas sobre la carga de la prueba, y sin que la demostración coadyuvante se rija por las normas sobre la prueba de los hechos. Para quienes así opinan el Juez de oficio inquisitivamente busca la costumbre. Para los seguidores de la Escuela Francesa, citada por Sentís en la ob. cit. Anteriormente, la costumbre se prueba porque está formada por hechos, y ésta es la corriente que sigue el CPC colombiano (Art. 189). Autores como Eisner, Lessona, Silva Melero, Jaime Guasp y en Venezuela Carlos Morales, consideran que la costumbre entra en la carga de alegación y prueba de las partes. Entre estos dos extremos han surgido posiciones que tratan en ciertos casos a la costumbre como Derecho y en otros supuestos como hecho[27].

Al respecto, Arístides Rengel Romberg, sostiene:

En general, el tratamiento procesal del Derecho consuetudinario se somete a las mismas reglas establecidas para el Derecho extranjero. Así ocurre en el Derecho alemán y en el austriaco, en los cuales, como se ha visto, las normas que disciplinan el tratamiento procesal del Derecho extranjero, contemplan también al Derecho consuetudinario. Por la misma esencia del Derecho consuetudinario que nace de la conciencia jurídica del pueblo, en el cual adquiere de hecho su fuerza obligatoria, existe desde antiguo la idea de que el Derecho consuetudinario es un hecho y que en lo relativo a la carga de la prueba y al procedimiento probatorio para demostrar su existencia, deben valer las mismas reglas comúnmente admitidas para los demás hechos que deben probarse en una causa. Pero como observa Savigny, toda relación jurídica tiene una doble base, una general y otra particular; la primera es la

[26] F.J. Ezquiaga Ganuzas. *Iura ..., cit.*, pp. 24-25.

[27] J.E. Cabrera Romero. *Revista de Derecho Probatorio*. Número 6, Editorial Jurídica ALVA, S.R.L. Caracas, 1995, pp. 413-414.

regla de Derecho; la segunda consiste en los hechos que dan lugar a la aplicación de la regla en cada caso singular. El juez puede y debe conocer la regla de Derecho (*Iura novit curia*) pero no debe ni puede al contrario saber nada de los hechos hasta que la parte no los haya alegado y probado. Esta distinción –afirma Savigny– permanece inalterada, ya derive la regla del Derecho de la ley o de la costumbre. De manera que aquella idea del Derecho consuetudinario como hecho, se funda –según Savigny– en una confusión de los dos elementos de la relación jurídica, aplicando al conocimiento de la regla de Derecho, aquello que es verdad solamente para el conocimiento de los hechos específicos de cada caso. En un sentido más general –concluye Savigny– se puede sin duda llamar hecho, también el constituirse de un Derecho consuetudinario y así lo consideran los sostenedores de aquella doctrina; pero para ser lógicos, deberían aplicar el mismo procedimiento también a la ley, puesto que también las leyes resultan del hecho de su promulgación; pero esto nadie jamás lo ha sostenido nunca. En sentido análogo, sostiene Alcalá-Zamora y Castillo, que debe distinguirse el contenido de la costumbre, esto es: la serie de actos cuya repetición origina la costumbre, del hecho de su existencia, esto es: la realidad de esos actos en el momento en que son objeto de prueba, porque una costumbre que existió en determinado tiempo, puede no existir ya. La duda de esa existencia –afirma Alcalá-Zamora y Castillo– es lo que motiva la prueba. Y concluye: «En resumen, que la costumbre jurídica es norma de Derecho de igual entidad que la ley, y que lo que es objeto de prueba respecto a ella es el hecho de su existencia, lo mismo que sucede con la ley extranjera, que no por serlo, deja de ser ley, aunque el legislador releve al Juez de conocer obligatoriamente ambas categorías de normas, que es lo que justifica que cuando le sean desconocidas se proceda a inquirir su existencia». En verdad existe una semejanza en la prueba del Derecho consuetudinario controvertido y la de los hechos que fundamentan la pretensión, pero no una entidad. Ya Savigny había destacado las siguientes diferencias prácticas: 1. El Juez no puede suplir nunca hechos que no sean alegados por las partes; pero puede y debe aplicar el Derecho consuetudinario aun cuando sólo tenga de él un conocimiento casual. 2. Los hechos deben alegarse y probarse en las condiciones de tiempo del procedimiento, según las reglas de éste; en cambio, el Derecho consuetudinario puede ejercitar influencia sobre la decisión en cualquier estado de la causa y el Juez tiene plena libertad para la admisión de la prueba del mismo. 3. El Derecho consuetudinario es pues, en esto, similar en todo a las leyes extranjeras de las cuales puede depender la decisión de la litis. 4. El conocimiento de las leyes extranjeras no es exigido al Juez, y las partes deben alegarlas y probarlas precisamente en el modo en que pueden hacerlo para el Derecho consuetudinario, sin que se puedan aquéllas asimilar del todo a los verdaderos y propios hechos de la causa. Reduciendo esta cuestión a términos más simples, puede afirmarse con Couture, que en los casos en que la costumbre es Derecho, si fuere discutida o controvertida, habría de ser

objeto de prueba; pero también en estos casos, debe tenerse presente que, a la falta de prueba suministrada por las partes, el Juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios[28].

En sintonía con ello, Hernando Devis Echandía, manifiesta:

...La necesidad de la prueba procesal de la costumbre, cuando suple a la Ley o la complementa, depende de la política legislativa adoptada por el país. Por ello debemos contemplar dos hipótesis: existencia de norma legal que exija su prueba o que la haga innecesaria, y falta de regulación normativa. En el primer supuesto, si el legislador exige la prueba de la costumbre por los medios y formalidades procesales que rigen para los hechos, se produce una asimilación de la costumbre a conductas o actos humanos, es decir, a hechos en un sentido lato (cfr., núm. 37) y no puede existir duda acerca de que la costumbre forma parte del tema probatorio en el proceso en que una de las partes la invoque; si, en cambio, exime su prueba, la considera similar a las normas legales y el Juez deberá averiguarla e interpretarla oficiosamente, sin circunscribirse a las etapas y formalidades probatorias del proceso. Existe una modalidad del primer caso, cuando se exige la prueba pero se autoriza al Juez para producirlas de oficio, con las ritualidades procesales de medios, oportunidad, publicidad y controversia (facultad inquisitiva sujeta a las formas procesales), que rige en el Código de Procedimiento Civil colombiano (Arts. 179, 189 y 190). Cuando el legislador guarda silencio sobre la necesidad de la prueba de la costumbre, la solución se busca en los principios expuestos sobre conocimiento y aplicación por el Juez de las normas jurídicas; es decir, debe aceptar su verificación y aplicación oficiosa por el Juez. Carnelutti reconoce que en ocasiones se requiere cierta actividad procesal para hacer conocer del Juez la costumbre nacional, pero considera que se trata de un mecanismo cuya semejanza con el probatorio es más aparente que real, porque se limita al aspecto lógico (proceso para inferir de la prueba la norma o el hecho) y no se extiende al jurídico, o sea, a las reglas jurídicas que señalan los resultados de ese proceso lógico dentro de determinados esquemas (el Juez no queda vinculado a las mismas reglas cuando fija el hecho o la norma consuetudinaria); sostiene, además, que la actividad de las partes, cuando prueban la costumbre, no es decisiva, sino subsidiaria, de simple auxilio a la función de búsqueda del Juez, quien debe gozar de facultades inquisitivas al respecto. En otro lugar dice: «Los hechos constitutivos de la ley y de la costumbre no son hechos del litigio, sino que se hallan fuera del litigio»; por lo cual, obtener los medios para conocerlos es, para el Juez, una simple

[28] A. Rengel-Romberg. *Tratado de...*, Tomo III, 4ª edic. Editorial Arte, Caracas, 1994, pp. 281-283.

facultad procesal. Esta tesis es inobjetable, no sólo para los sistemas legislativos que, como el alemán, permiten al Juez aplicar la norma consuetudinaria sin necesidad de que se aduzca prueba de ella con las formalidades exigidas para los hechos, es decir, con libertad para adquirir su conocimiento por cualquier medio y en todo momento, sino cuando la ley guarda silencio al respecto, porque entonces no hay razón para exigir la prueba con la ritualidad que sólo para hechos se requiere, ya que al fin y al cabo se trata de aplicar normas de derecho. Tal debería ser la política legislativa en todos los países y para procesos de cualquier naturaleza. También Florian, considera que cuando se necesite probar la costumbre nacional debe existir libertad probatoria, sin someterla a la ritualidad exigida para los hechos; cita las leyes procesales austriaca y alemana, vigentes a principios del siglo XX, conforme a las cuales se exigía la prueba de la costumbre (como de los estatutos no legales) sólo en cuanto no fuera conocida por el Juez y pudiendo éste practicarla de oficio y por cualquier medio, de modo que no imponían la carga de la prueba a las partes. Chiovenda opina que, si bien el Juez no está obligado a conocer las normas consuetudinarias y extranjeras, 'puede valerse de su conocimiento privado cuando lo posea', para aplicarlas, y que no es indispensable la prueba formal. Micheli reconoce que la doctrina más reciente le otorga al Juez un amplio poder instructorio para la investigación del derecho consuetudinario y extranjero, y que la labor de las partes es de simple colaboración, aunque no puede desconocerse que están facultadas para aducir pruebas, libremente valorables por el Juez. Wach habla del poder del Juez para enterarse de la norma jurídica, conexo a un 'deber de declaración de certeza' que tiene su justificación respecto del derecho extranjero, en la referencia contenida en la lex fori; no es un deber de conocer el derecho extranjero, sino de hacer lo posible por conocerlo. Rosenberg opina que, si bien el derecho que no rige en parte alguna del Estado y el consuetudinario pueden ser objeto de prueba, cuando son desconocidos por el tribunal, este debe indagarlos de oficio, utilizando cualquier fuente de conocimiento; lo cual significa que, en definitiva, no es necesaria su prueba por las partes: En el mismo sentido se expresan Schonke, quien aclara que el Juez no necesita limitarse a los medios de prueba en sentido técnico, y Kisch, quien opina que los jueces deben conocer el derecho positivo nacional, sin excluir la costumbre. En sentido contrario, Silva Melero observa que en materia de costumbre hay que distinguir la opinio iuris necesitatis y los hechos que constituyen el sustrato material, y que, por tanto, existe una verdadera cuestión de hecho susceptible de prueba, de acuerdo con las reglas generales; la doctrina francesa asimila generalmente la prueba de la costumbre a la de los hechos; Lessona exige la prueba de la costumbre y su alegación por el interesado en ella, pero admite que las opiniones en su época estaban muy divididas en Italia y debe darse amplitud de medios. Creemos que sólo debe exigirse prueba procesal rigurosa cuando la ley lo diga, como sucede en Colombia (C. de P.C., Arts. 189 y 190), Chile y España. Cuando el Juez dispone de facultades

para decretar libremente pruebas de oficio o sólo para mejor proveer, debe ordenar las necesarias para acreditar la costumbre invocada, como ocurre en el nuevo Código de Procedimiento Civil colombiano (Arts. 37, 179 y 180). Debe tenerse en cuenta la vigencia de la costumbre, no en el momento de la sentencia ni de la recepción de la prueba, sino del acto o hecho que debe regular, a menos que una ley posterior la excluya, problema de carácter sustancial cuya solución debe buscarse de acuerdo con la naturaleza del caso. La norma consuetudinaria, como la escrita de carácter seccional, no deja de ser norma jurídica, y, por tanto, sólo el legislador puede excluir o limitar la aplicación que respecto a ella tiene el principio fundamental iura novit curia. Valen a favor de esta tesis las razones expuestas en el punto anterior»[29].

Con relación a la corriente que sostiene la prueba de la costumbre, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, manifiesta:

Si, según el concepto más difundido, fuente del Derecho son los «actos y hechos que producen, o que son idóneos para producir, derecho», y si la costumbre es una fuente del Derecho, no se entiende demasiado bien la razón por la cual la presunción de conocimiento judicial del Derecho no abarca ese tipo concreto de fuente, exigiéndose que sea probada para poder ser aplicada. Naturalmente, ese diferente trato a la costumbre como fuente del Derecho tiene mucho que ver con su carácter subsidiario en relación con las fuentes del Derecho producidas por actos de órganos legislativos (las que el Código Civil denomina genéricamente «ley») y con el hecho de que es la única fuente del Derecho que no utiliza un soporte lingüístico para formular las normas jurídicas por ella producidas, lo que impide su aplicación y dificulta su conocimiento...[30].

En este contexto, el mismo autor, señala:

...es preciso abordar la razón por la que se excluye, tradicionalmente, el Derecho de origen consuetudinario del ámbito de actuación del aforismo que está siendo objeto de estudio, exigiéndose, paralelamente, su prueba para poder ser aplicado judicialmente. El motivo que suele aducirse es que la costumbre carece de formulación lingüística, circunstancia que impide una publicación oficial del mismo tipo de la que son objeto las fuentes del Derecho escritas y que, en consecuencia, dificulta su conocimiento por el Juez y hace conveniente que sea probada para ser aplicada. Esta explicación merece algún comentario. Partiendo de la distinción entre fuente del derecho, como

[29] H. Devis Echandia. *Teoría General de la Prueba judicial*. Tomo I. 5ª edic. Editorial Temis. Bogotá, 2002, pp. 186-188.

[30] F.J. Ezquiaga Ganuzas. *Iura ..., cit.*, p. 111.

la categoría normativa utilizada para producir normas jurídicas; disposición normativa, como los enunciados lingüísticos utilizados por las autoridades normativas en su labor de producción de Derecho, y norma jurídica, como el significado atribuido a estos enunciados como consecuencia de su interpretación, puede aclarase un poco más la peculiar situación del Derecho consuetudinario»[31].

Ante tan amplia diatriba, opinamos que, no existiendo en Venezuela, previsión legislativa alguna que, contemple, la prueba de la costumbre; la forma de aprehensión de la misma, por parte del Juez, puede ser objeto de una actividad inquisitiva o, de una actividad probatoria, por parte de éste, incluso, con el auxilio e iniciativa de las partes, la cual, no estará sujeta a las reglas propias de la prueba de los hechos y, su carga; siendo lo más importante, en cualquiera de los casos que, en el dispositivo del fallo, el sentenciador, motive la forma, a través de la cual, llegó al conocimiento de la costumbre, para poder aplicarla, esto, a los fines de garantizar el derecho a la defensa que asiste a las partes (Art. 15 CPC)[32], así como, el control jurisdiccional de alzada, por cuanto, ante este supuesto, la costumbre –no jurídica–, deja de ser fáctica, para convertirse tácitamente en costumbre jurídica –normativa–.

[31] F.J. Ezquiaga Ganuzas. *Iura...*, *cit.*, p. 115.

[32] **Artículo 15.** «Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género» (http://www.mintra.gov.ve/legal/codigos/procedimientocivil.html).

¿El control de la investigación que realiza el Ministerio Público, por parte del Juez de Control, otorga a la fase investigativa alguna significación jurisdiccional, o se trata de una aplicación del debido proceso a la prueba?

Juan José Muñoz Sierra*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

Introducción

Todos los actos de los órganos del Poder Público son controlables y susceptibles de los correctivos que la Constitución y la ley disponen, controlabilidad que deriva no sólo como forma de advertencia o prevención en cuanto a su actuación y como forma de remediar potenciales arbitrariedades, sino como medio de restaño de los perjuicios que los ciudadanos pueden sufrir y de restablecer el equilibrio socio-jurídico.

En efecto, los actos de la Administración Pública son siempre actos reglados en el sentido de que su actividad se halla sujeta por determinadas normas que le señalan los límites dentro de los cuales debe producirse su actuación, aunque ellas representen un margen de actuación no sometida a subjetividades. Con mayor razón, los actos del Poder Judicial y del sistema de justicia (tercer aparte del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), están sometidos a la Constitución y a la ley, y no a la voluntad, caprichos, ni otros motivos del órgano.

Esto se deriva, en principio, de las propias disposiciones constitucionales en lo atinente al ejercicio de las funciones del Poder Público. El artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que: «*La Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*», lo que da cuenta en una primera aproximación, de que el Poder Público sólo puede realizar los actos que le atribuye la ley y que a ésta debe ajustar su actuación. Por otro lado, el artículo 139 constitucional, establece que: «*El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o la ley*», de lo que se deriva que si no fueren susceptibles de control los actos del Poder Público, no habría responsabilidad ni posibilidad para «*...el restablecimiento o reparación de la situa-*

ción jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados» (artículo 49, numeral 8° de la Constitución Nacional).

En el marco legal, los principios y garantías procesales contenidos en el Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal, constituyen un claro ejemplo de las limitaciones que impone la ley mediante esos postulados a la actuación del poder sancionatorio del Estado, pero es el artículo 282, ejusdem, el que mejor recoge el propósito constitucional de que los actos de los poderes públicos se ajusten a los principios consagrados en la Constitución y en la ley y que regulan su actividad. La norma legal enunciada dispone:

> A los jueces de esta fase les corresponde controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en este Código, en la Constitución de la República, tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República; y practicar pruebas anticipadas, resolver excepciones, peticiones de las partes y otorgar autorizaciones.

Es esta norma, la fuente legal de la facultad otorgada al juez penal, más específicamente al «juez en función de control», para que, lejos de pretender la usurpación de funciones que no le son propias, garantice con su actuación, un proceso debido, que armonice con los postulados que sirven de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por tanto, sirva el contenido del transcrito dispositivo legal adjetivo para iniciar estas líneas de investigación.

Como es sabido, la entrada en vigencia en el ámbito jurídico-procesal venezolano del Código Orgánico Procesal Penal, trajo consigo, un cambio en el sistema de enjuiciamiento que venía desarrollándose hasta entonces. Es así como se sustituyó un modelo predominantemente inquisitivo, donde el llamado «juez de instrucción», disponía de las más altas facultades y prerrogativas para dirigir la investigación, por otro, cuya finalidad primordial era otorgar al investigado, la más estricta garantía de sus derechos durante el curso del proceso.

Por consiguiente, el nuevo sistema no podía continuar observando las mismas deficiencias estructurales e institucionales seguidas por el anterior. En este sentido, y para asegurar el respeto de los derechos de los procesados, debía crearse una figura que garantizara que la investigación del hecho punible debía ser realizada por un funcionario distinto al

jurisdiccional, de quien sólo se quería que juzgara, pero que a su vez, no estuviere sometida al libre arbitrio del investigador sino prudentemente vigilada por aquel a quien correspondía darle valor a las pruebas recabadas durante dicha averiguación.

Teniendo en cuenta ésta –entre otras consideraciones– el legislador patrio tenía la tarea de crear esta figura que garantizara los derechos de los justiciables a lo largo del proceso, y tomando como modelo a otros sistemas acusatorios, surgió el juez de control, el cual no fue conocido con esa denominación al principio, pues cuando en el Congreso Nacional se discutía el proyecto del Código Orgánico Procesal Penal, la denominación otorgada fue la de «juez de investigación". La adopción de la fórmula actual obedece a que al juez de investigación de entonces y al juez de control de hoy, se le asignaron funciones de control, vigilancia, supervisión y verificación de las actividades que tienen lugar en la primera etapa del proceso, es decir, en la fase preparatoria o fase de la investigación.

La naturaleza de las atribuciones del juez de control está expresada en su propio nombre: juez cuya única misión en la fase preparatoria es la de *controlar* los actos de las partes pero, sobre todo, los actos del fiscal del Ministerio Público, los cuales, por su naturaleza persecutoria en el ejercicio de la acción penal, son potencialmente capaces de violar o infringir los derechos y garantías de las partes pero, sobre todo, del imputado o investigado.

Dado que la investigación durante la fase preparatoria en el procedimiento ordinario corresponde al fiscal del Ministerio Público, resulta obvio que esa fase es un escenario dentro del cual es director ese funcionario, al que corresponde *«dirigir la investigación de los hechos punibles...»* (artículo 108, numeral 1° del Código Orgánico Procesal Penal); la *«...adquisición y conservación de los elementos de convicción»* (numeral 2°, *ejusdem*); *«ordenar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados directamente con la perpetración del delito»* (numeral 11°, *ejusdem*); y ordenar las diligencias encaminadas a la investigación sobre *«...la perpetración de un hecho punible de acción pública....»*, así como *«... todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes...»* (artículo 283, *ejusdem*). En fin, esta fase es de suma importancia en el transcurso del proceso penal, pues en la misma se produce la búsqueda, identificación y preservación de las evidencias, de los medios

que servirán de prueba posteriormente en el juicio oral, lo que servirá para «preparar» el juicio oral y público y para que el fiscal del Ministerio Público pueda sustentar la acción con base en el resultado de esa investigación, por él realizada o dirigida.

De lo expresado anteriormente, se desprende la relevancia que exige, que el curso de la investigación deba ser controlado, pues considerar lo contrario, sería otorgar los poderes y prerrogativas del otrora juez de instrucción, ahora en la persona del fiscal, quien investido de tal privilegio, pudiera decidir a su libre arbitrio, por ejemplo, qué hechos merecieran ser dignos de investigación y cuáles no.

Las atribuciones mencionadas, además de las contenidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público, colocan a esta institución en una posición excluyente respecto de los demás sujetos procesales, en el sentido de que sólo a él corresponde la investigación de los hechos punibles de acción pública, lo que no obsta para que las demás partes puedan proponer diligencias (artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal).

De allí, que ya se vaya vislumbrando que la fase preparatoria penal no sea de rango jurisdiccional, pues en ésta –tal como se desprende de la cantidad de prerrogativas otorgadas al fiscal del Ministerio Público en el Código Orgánico Procesal Penal– quien la dirige es el titular de la acción penal, por tanto, el juez en principio, no debe intervenir en el desarrollo de la misma, pretendiendo ser protagonista y director de la investigación.

Por su lado, el artículo 64, segundo párrafo del Código Orgánico Procesal Penal, dispone que: «*Corresponde al tribunal de control hacer respetar las garantías procesales* (...) *También será competente para conocer la acción de amparo a la libertad y seguridad personales...*». Esta disposición no solamente confiere atribución al juez de control para el conocimiento de la acción de amparo, sino que también expide una norma bastante amplia relativa a las garantías procesales, lo que de suyo abarca un inmenso espacio garantista en tanto le corresponda actuar, sea en la fase preparatoria o en la fase intermedia. Esto se ratifica en el segundo párrafo del artículo 532, *ejusdem*, que señala: «*El Juez de Control, durante las fases preparatoria e intermedia, hará respetar las garantías procesales...*».

Por tanto, es inconcebible dentro de un sistema acusatorio en un modelo democrático como el que concibe la Constitución de 1999, que los actos del Ministerio Público, sin excepción, carezcan del control jurisdic-

cional. Esto, por otra parte, constituiría un desmentido a las afirmaciones que encontramos en la exposición de motivos y en la doctrina en cuanto al carácter garantista presente en el Código Orgánico Procesal Penal.

En fin, si una decisión arbitraria de la Fiscalía no puede ser impugnada ante el juez de control, entonces éste no tendría razón de existir dentro de la estructura judicial-procesal, ya que la sóla decisión del Ministerio Público bastaría para llevar a juicio a cualquier persona. Pero habría otra gravísima consecuencia, y es que entonces la fase intermedia no tendría razón de existir, debiéndose ingresar enseguida a la fase de juicio, por la sola voluntad del fiscal, propio de los sistemas totalitarios.

Igualmente, al disponer el ya reseñado artículo 282 del Código Orgánico Procesal Penal, que: «*A los jueces de esta fase les corresponde controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en este Código, en la Constitución de la República...*», la Ley no hace sino consagrar, de modo expreso y con propósitos claramente instrumentales y no meramente programáticos, o de pura ficción, que durante la fase preparatoria el juez de Control intervendrá para asegurar los derechos y garantías de las personas, cuando la ley en concreto lo permita.

Refiriéndose al artículo 282 referido, el autor Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, señala:

> Esta norma es clave en el desarrollo de la fase preparatoria en el COPP, que si bien es dirigida por el Ministerio Público, está plenamente sometida a la supervisión del Juez de Control. Por ello, los poderes del Ministerio Público en la fase preparatoria no son ilimitados u omnímodos, pues su actuación está sometida a la supervisión del Juez de Control... (Comentarios al *Código Orgánico Procesal Penal*, Vadell Hermanos Editores, Caracas-Valencia, 2002, p. 307).

Ahora bien, se ha establecido suficientemente la facultad constitucional de control de las actuaciones del Poder Público, y más específicamente del deber-derecho que legalmente asiste al juez de control para vigilar la actuación del fiscal del Ministerio Público durante la fase preparatoria penal. No obstante, tal prerrogativa tampoco es ilimitada y debe estar enmarcada dentro de ciertos parámetros que impidan que la actuación jurisdiccional, lejos de ser garantista de derechos, resulte entorpecedora.

En efecto, el ejercicio del control judicial de los actos de investigación del Ministerio Público no es igual que el control de la orientación o dirección de la investigación y el cómo debe hacerse esa investigación, porque mientras los primeros constituyen la manifestación concretizada de la voluntad del órgano investigador, lo segundo representa la valoración que el órgano cumple respecto de hacia dónde debe dirigir su actividad y cuáles deben ser los objetivos que persigue con ella. Esto último, por definición es incontrolable, porque ello sería una intromisión y una pretensión de sustitución de funciones que le corresponden exclusivamente al fiscal. En este caso habría una clara injerencia e invasión en la esfera competencial del fiscal del Ministerio Público.

Aunque la dirección u orientación de la investigación esté equivocada, la voluntad fiscal es insustituible por tratarse de un asunto de la competencia constitucional y legal, y el tribunal de control, no puede imponer ni sugerir al Ministerio Público, directrices o pautas acerca de cómo investigar o hacia dónde enderezar su actuación. Pero lo que sí puede hacer el tribunal de control y los tribunales que conozcan en alzada o por amparo, es anular, ordenar o prohibir la realización de aquellos actos del fiscal del Ministerio Público que atenten contra los derechos y garantías procesales de rango constitucional o legal, cuando le haya sido impetrado por la persona interesada.

El control de los actos del Ministerio Público no puede impedir o entorpecer la facultad que tiene de ordenar los actos de investigación que juzgue convenientes o útiles, pero sí puede ser un medio para impedir o corregir los actos u omisiones arbitrarios o que no tengan tales propósitos y que afecten a personas ajenas a la investigación o al propio imputado o investigado.

La finalidad del control judicial sobre la fase preparatoria, está limitada a los derechos y garantías de las personas sobre quienes recae la actuación de las mismas partes, aunque se tenga que concretar la idea refiriéndose a los actos de investigación a cargo del Ministerio Público como aquellos que son preferentemente objeto de la función tuteladora del juez de control. La consecuencia de esa afirmación implica negar la competencia judicial cuando se trate de asuntos que no revisten el carácter de derecho o de una garantía constitucional o legal objeto de protección.

Conviene destacar que no es controlable la facultad en sí misma del Ministerio Público de realizar actos de investigación, sino lo controlable

son los concretos actos que ejecute o se proponga realizar el Ministerio Público, o también, la negativa a realizar determinados actos.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 15 de abril de 2004, expresó:

> ...dentro de las funciones del Ministerio Público se encuentra la de dirigir las investigaciones para determinar o no la existencia de un hecho punible y los autores del mismo, por lo que no se puede a través de una acción de amparo impedir al Ministerio Público de realizar o ejercer sus atribuciones....

De lo anteriormente expresado puede inferirse, que el control que realiza el juez penal en la fase preparatoria es en principio, un control posterior, en el sentido que su función primordial no consiste en prohibir al Ministerio Público la realización de determinadas actuaciones, sino restablecer la situación jurídica o el derecho infringido, cuando éstos han sido violentados con motivo a la actuación fiscal. Considerar lo contrario, constituye afirmar que se puede controlar la *«facultad de investigar»*, lo cual, no es acorde con lo precedentemente expuesto.

Ahora bien, como se mencionaba al principio, los postulados de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, otorgan una connotación muy importante al proceso, y es que éste para que pueda ser considerado *«proceso»* debe necesariamente ser *«debido»*, de manera tal que no es un fin en sí mismo, tampoco es un mero procedimiento, constituye conforme al artículo 257 constitucional, un derecho o garantía esencial que forma parte de los derechos humanos, se trata de un verdadero derecho o más específicamente de una garantía constitucional, por medio de la cual, se puede reclamar el reconocimiento de los derechos legales o constitucionales vulnerados, desconocidos o no certeros, cuya interpretación, no sólo es de carácter tradicional, ubicada en la trilogía estructural del derecho procesal –acción, proceso y jurisdicción– sino fundamentalmente constitucional, como instrumento para alcanzar la justicia como valor superior del ordenamiento constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 2º, *ejusdem*.

Pero el proceso, además de constituir la máxima expresión de las garantías constitucionales por excelencia, producto de su constitucionalización, debe ser *«debido»*, esto es, debe contener o comprender a su vez, un conjunto de condiciones mínimas que permitan, dentro del marco

del procedimiento breve, oral y público que se adopte, el respeto de los derechos constitucionales, especialmente los procesales, que van desde el ejercicio de la acción hasta la ejecución efectiva y dentro del plazo razonable, de la decisión judicial que llegue a dictarse o acto equivalente, derechos éstos que nuestro sistema constitucional recoge en los artículos 26 y 49 constitucionales, referidos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso legal, o más bien, constitucional.

Por consiguiente, el control que realiza el juez de control, sobre la actuación del Ministerio Público en la fase preparatoria, obedece a la aplicación del principio constitucional del debido proceso. En este sentido, es importante recalcar la sentencia N° 3.602, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19 de diciembre de 2003, en la que expresó:

> En ejercicio del derecho a la defensa, el imputado puede pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen y, el Ministerio Público, conforme lo preceptuado en el artículo 305 del Código Orgánico Procesal Penal, las llevará a cabo si las considera oportunas y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente corresponda, ya que la denegación de la práctica de la diligencia solicitada constituirá una violación al derecho a la defensa si la decisión no es razonable o no está suficientemente motivada.
>
> El imputado no tiene derecho a la práctica de la diligencia. Tiene derecho a proponer y a que sobre la diligencia propuesta se pronuncie el director de la investigación, bien admitiéndola o rechazándola de manera motivada. Una vez admitida la misma, tiene entonces derecho a que se practique.
>
> En síntesis, el derecho a solicitar la práctica de diligencias tendentes a desvirtuar las imputaciones formuladas puede ser vulnerado, bien porque no sea admitida la misma siendo adecuada; o porque no se admita sin motivar o porque una vez admitida, no se practique.

Se debe destacar de esta decisión, no solamente el deber del Ministerio Público de practicar esas diligencias si son pertinentes y útiles, sino también la afirmación acerca de la violación del derecho a la defensa en caso de negativa, y que el imputado tiene derecho a desvirtuar la imputación.

Si la decisión inmotivada o no razonable del fiscal constituye una violación al derecho a la defensa, ¿ante quién si no ante el juez de control en la fase preparatoria, podrá acudir el imputado para reclamar tal

inmotivación o irrazonabilidad? ¿si no es así, cuál será entonces el juez facultado para revisar en fase de investigación, si la providencia del Ministerio Público es motivada o no, razonable o no, la cual –como dice la sentencia parcialmente transcrita– debe ser revisada?

Se debe concluir que no es otro que el juez de control, pues si no existiera la necesidad de que el juez garantice la igualdad entre las partes y el debido proceso, sólo le quedaría al imputado preguntarle al fiscal, cómo se defiende, si es que éste puede a su arbitrio, desechar la solicitud de las diligencias que le haga el imputado. Si el juez de control no tuviera esa facultad, no sería necesario que el legislador hubiera impuesto al Ministerio Público la obligación de dejar constancia de su opinión contraria a la evacuación de la diligencia, pues en tal caso, la decisión sería irrecurrible.

A manera de complemento, debe decirse que la garantía de un debido proceso no depende únicamente de la salvaguarda en su ejercicio por parte del órgano jurisdiccional, pues la misma debe ser integrada también por una legislación que sirva de apoyo. Al respecto, ha establecido el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 2.174, dictada por la Sala Constitucional, en fecha 19 de septiembre de 2002, expresando lo siguiente:

> ...cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa y la posibilidad de una tutela judicial efectiva....

Por tanto, de conformidad con la sentencia anterior y parcialmente transcrita, las normas procesales deben estar dirigidas a proteger la garantía de un debido proceso que permita impartir una tutela judicial efectiva, acorde con los principios constitucionales aludidos.

A manera de corolario, es necesario afirmar explícitamente que la atribución y el deber de controlar las actuaciones del Ministerio Público en la fase preparatoria del proceso penal, haciendo respetar en consecuencia, las garantías constitucionales de las partes, especialmente, el derecho a la defensa, al debido proceso y a la igualdad de las mismas, corresponde exclusivamente al juez de Primera Instancia Penal en función de control, sin que esto signifique que esta fase del procedimiento adquiera una connotación jurisdiccional, pues como se ha explanado suficientemente,

tal hecho sólo deriva de la obligatoriedad del Estado de garantizar un debido proceso a las partes.

En consideración a lo anterior considera este participante, que establecer que el control que sobre las actuaciones del Ministerio Público en la fase preparatoria realiza el juez de control, se trata de una aplicación del debido proceso a la prueba, sería limitar los alcances de la facultad jurisdiccional establecida por vía constitucional y desarrollada legalmente por el Código Orgánico Procesal Penal, pues se estaría circunscribiendo los efectos de la aplicación de una garantía constitucional, únicamente a la especie probatoria. Por lo que es más acertado afirmar, que dicho control jurisdiccional se deriva de la aplicación del debido proceso y la salvaguarda de las garantías constitucionales al justiciable en el proceso penal, a secas.

Para reforzar lo anteriormente expresado, es conducente ilustrar a manera de ejemplo el caso de que a raíz de la investigación realizada, el fiscal del Ministerio Público llegare a tener la convicción que el hecho investigado no afectare gravemente el orden público (numeral 1° del artículo 37 del Código Orgánico Procesal Penal), por lo que en este caso, por ser parte de buena fe en el proceso, puede solicitar al juez de control la autorización para prescindir totalmente del ejercicio de la acción penal contra el investigado. En este supuesto, puede observarse que no se trata de una aplicación del debido proceso a la prueba en sí, sino más bien, de la aplicación del debido proceso al curso del proceso penal.

Para concluir, se debe expresar que la aseveración de que el control de la investigación que realiza el Ministerio Público, por parte del juez de control, se trata de una aplicación del debido proceso a la prueba, podría ser considerada la especie, respecto a la aplicación del debido proceso al proceso penal en general, que sería el género. No obstante, sea cual fuere la posición asumida, lo que ha quedado suficientemente dilucidado, es que la actuación del juez de control en la fase preparatoria, no otorga connotaciones jurisdiccionales al proceso penal, pues la finalidad perseguida con dicha vigilancia, es la de impedir la actuación desmedida por parte del órgano titular de la acción penal, salvaguardando así los principios constitucionales establecidos en beneficio de los justiciables.

Lo concerniente al objeto de la pretensión ¿se rige exactamente por las normas de la prueba de los hechos?

Thania Coromoto Navas Ramírez*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

Introducción

Se afirma en forma genérica que el objeto de la prueba son las afirmaciones de hechos realizadas por las partes, pero se plantea entonces, ¿existe la obligación de probar el objeto de la pretensión?, y si es así, ¿se rige exactamente por las normas de la prueba de los hechos?

De la respuesta afirmativa o negativa a esta interrogante, se pueden derivar una serie de consecuencias con influencia directa en el resultado del juicio de que se trate. Considerar que lo concerniente al objeto de la pretensión se rige por las normas de la prueba de los hechos, implicaría en principio, en el caso de que no lo probara el demandante, una decisión adversa. Responder negativamente, requiere entonces precisar por qué normas se rige y cómo se hace su determinación.

Para dar respuesta a este planteamiento, se definirán los elementos de la pretensión precisando cuál es el objeto de la pretensión, así como se explicará la estructura de la norma jurídica y el proceso de subsunción de los hechos que realiza el juez en la norma jurídica. Establecida esa relación entre los hechos y el derecho, se establecerá cuál es el *tema probatione* y una noción básica de distribución de la carga de la prueba.

Para concluir finalmente, que el objeto de la pretensión lo encontramos en la consecuencia jurídica de la norma que se aplique, por lo tanto la parte no está obligada a probarla, la carga de las partes es la prueba de las afirmaciones de hechos que hayan realizado, y que constituyan el supuesto de hecho de la norma cuyo efecto jurídico pretende.

Se detallará además la clasificación de las pretensiones según su objeto precisando que en los casos de pretensiones de condena, se encuentran unas características peculiares, que dan cabida a figuras como la experticia complementaria del fallo y el juramento deferido.

Lo concerniente al objeto de la pretensión ¿se rige exactamente por las normas de la prueba de los hechos?

En los comentarios a la exposición de motivos de la Reforma al *Código de Procedimiento Civil* de 1916, presentada al Presidente del Senado el 17 de noviembre de 1975, se dice: «En el artículo 340, en los ordinales 4°, 5° y 6°, se sustituyó la palabra "demanda" por "pretensión", que expresa más técnicamente la idea....»[1].

El señalado artículo 340 del vigente Código de Procedimiento Civil indica los requisitos que debe expresar el escrito o libelo de la demanda y concretamente en el ordinal 4° establece:

> **El objeto de la pretensión,** el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuere inmueble; las marcas, colores o distintivos si fueren semovientes; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se trata de derechos u objetos incorporales[2]. (Destacado de la autora).

Igualmente la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en el artículo 210 establece:

> El procedimiento oral agrario comenzará por demanda oral, sin perjuicio que pueda ser interpuesta en forma escrita. En caso de demanda oral, el Juez ordenará que sea reducida a escrito en forma de acta, para ser agregada al expediente contentivo de la causa y contendrá la identificación del demandante y el demandado, **el objeto de la pretensión determinado con precisión,** así como los motivos de hecho y los fundamentos de derecho en que se funda la demanda, con las pertinentes conclusiones...[3] (Destacado de la autora).

Como se puede apreciar de las normas antes transcritas, el objeto de la pretensión es un requisito fundamental que debe expresarse en el libelo de la demanda, en virtud que la pretensión procesal «... es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero

---

[1] Márquez Áñez, Leopoldo. *El Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Caracas: Fondo de Publicaciones UCAB-Fundación Polar, 1987, p. 198.

[2] Código de Procedimiento Civil. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 4.202 (Extraordinario)* Septiembre 18, 1990.

[3] Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.771 (Extraordinario). Mayo 18, 2005.

supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada...»[4], y la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, estableció que: «**la demanda es** la actuación que da inicio al procedimiento **y que contiene, entre otros, la pretensión** que se le hace valer a quien se le reclama judicialmente»[5] (Destacado por la autora). Así tenemos por ejemplo de una pretensión constitutiva: la disolución del matrimonio, de una mero-declarativa: el pedimento de la existencia de una relación concubinaria, y de las de condena, la solicitud de indemnización por daños y perjuicios con ocasión de un accidente de tránsito, por ejemplo, y como afirma el Dr. Arminio Borjas «La cosa que se pide o el derecho que se reclama son lo esencial del pleito, porque constituyen su origen y su fin»[6]. Además, ese pedimento no es la mera petición, sino que debe expresarse en el escrito de la demanda: qué se pide, cómo se pide y la causa de pedirlo.

Para Guasp la pretensión procesal tiene tres elementos:

> El elemento subjetivo, compuesto por los sujetos: activo, quien formula la declaración de voluntad; pasivo, frente a quien la pretensión es interpuesta, y el destinatario, que es la persona a quien la pretensión va dirigida, y está encargada de satisfacerla;
>
> **El elemento objetivo, compuesto por el bien de la vida, o bien litigioso, que constituye el objeto de la pretensión procesal**, es decir, una materia apta por su naturaleza para satisfacer las necesidades o conveniencias objetivamente determinables de los sujetos;
>
> Y el elemento de la actividad: la pretensión procesal presenta como característica el hecho de no ser una declaración de voluntad cualquiera, sino una declaración petitoria, es decir una petición de un sujeto activo ante un juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida. Pero, esta petición debe ser fundada, eso es, debe invocar un fundamento, sea éste auténtico o no, y este fundamento de la pretensión procesal no es su motivo, invocado o no, sino los acaecimientos de la vida en que se apoya o no[7] (Resaltado por la autora).

---

[4] Guasp Delgado, Jaime citado por Guimares Ribeiro, Darci. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. España: J.M. Bosh Editor, 2004, p. 116.

[5] Sentencia N° RC.000744 de la Sala de Casación Civil, Expediente N° 04-050 del 29-07-2004.

[6] Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomo III. Caracas: Librería Piñango, p. 27.

[7] Guasp Delgado, Jaime citado por Guimaraes Ribeiro, Darci. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*, pp. 115-116.

En forma semejante Rengel-Romberg afirma que toda pretensión procesal se compone de tres elementos principales:

> Los sujetos de la pretensión son la persona que pretende y aquella de quien se pretende algo.
>
> El objeto de la pretensión es el interés jurídico que se hace valer en la misma. Este interés está constituido por un bien de la vida, que puede ser una cosa material, mueble o inmueble o un derecho u objeto incorporal.
>
> El título o causa petendi es la razón, fundamento o motivo de la pretensión aducida en juicio[8].

Con referencia a las clasificaciones anteriores se observa, que dentro de la pretensión, «... el fundamento de la pretensión está conformado por la exigencia que el demandante sostiene conforme a derecho (justificación jurídica de la pretensión contemplada en el artículo 340 CPC, ordinal 5°)...»[9]; y lo que se pide, es su objeto, ahora eso que se pide no es arbitrario, obedece a que existe una norma jurídica que faculta para exigir algo de la persona de quien se pretende, claro está, haciendo abstracción de que pueden existir pretensiones infundadas.

Por su parte, en una norma jurídica se han reconocido tradicionalmente dos elementos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Así señala Ezquiaga Ganuzas:

> En definitiva, y para el fin que aquí se persigue, en cualquier norma jurídica pueden identificarse dos elementos:
>
> a) La circunstancia o conjunto de circunstancias condicionantes; la definición, por tanto, de la conducta exigida, prohibida o permitida, que suele ser conocida como el supuesto de hecho de la norma.
>
> b) La consecuencia jurídica prevista para la conducta definida.
>
> ... De acuerdo con ello, la aplicación de una norma jurídica a un caso consistiría en determinar si la descripción de los hechos que componen el supuesto de hecho normativo se ha dado en la realidad y verificados éstos, declarar la consecuencia jurídica prevista para ellos en la norma[10].

---

[8] Rengel-Romberg, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano.* Tomo II. Caracas: Editorial Arte, 1992, pp. 113-114.

[9] Cabrera Romero, Jesús Eduardo: «El Instrumento Fundamental» en *Revista de Derecho Probatorio* N° 2. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1993, p. 20.

[10] Esquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho.* España: Editorial Lex Nova, 2000, p. 67.

Así, si observamos la sentencia como un silogismo, que está compuesto por tres proposiciones: la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión, se identifica que la premisa mayor está constituida por la regla de carácter general, es decir la norma jurídica aplicable, la premisa menor, constituida por la fijación de los hechos demostrados, con los hechos del caso, finalmente la conclusión supone aplicar la consecuencia jurídica prevista en la norma.

Sin embargo, es importante ahondar un poco más y revisar cómo se lleva a cabo este proceso de subsunción, y cómo es el razonamiento para llegar a la sentencia, en este sentido señala Francisco Javier Esquiaga Ganuzas:

> El proceso civil se inicia con una demanda en la que se plantea una determinada pretensión (una concreta consecuencia jurídica) sustentada en unos hechos (mencionando o no el precepto cuya aplicación se pretende).
>
> La primera cuestión que el Juez debe decidir es si existe en el ordenamiento jurídico alguna norma que contemple el efecto jurídico pretendido (que prevea la consecuencia jurídica solicitada en la demanda), ya que, de lo contrario, la demanda estaría infundada y sería inútil investigar los hechos. Por tanto, «el razonamiento lógico del Juez no puede empezar por el hecho, pues ello significaría una labor inmensa para poder llegar más tarde a la conclusión de que o bien el hecho no entra en el supuesto de hecho de la norma como un caso concreto de ésta, o que la norma tal como ha sido planteada en la demanda no existe».
>
> En segundo lugar, el Juez debe averiguar si los hechos alegados por el demandante como apoyo de su pretensión coinciden con el supuesto de hecho abstracto previsto en la norma elegida. Para adoptar esta decisión el Juez debe tener en cuenta únicamente los hechos jurídicamente «relevantes», ya que lo que debe resolver es «si de un determinado hecho alegado se deriva una determinada relación jurídica».
>
> Por último, si esa coincidencia entre hechos del caso jurídicamente «relevantes» y supuesto de hecho normativo queda establecida, se **declarará la consecuencia jurídica prevista por la norma**»[11] (Destacado por la autora).

Ahora bien, ese objeto de la pretensión exigido como uno de los requisitos del libelo de la demanda por la norma del artículo 340, y que como se dijo antes es lo que el demandante pide al órgano jurisdiccional a través del escrito de la demanda, cabe preguntarse, ¿deberá probarlo el

[11] Esquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Ob. cit.*, p. 83.

demandante en el juicio, esa petición o sea el objeto de la pretensión? Para responder a esta interrogante, además tenemos que analizar ¿qué es lo que se debe probar en el proceso?, ¿qué es lo que el demandante debe probar? y ¿cómo se decide a falta de prueba?

En realidad, dar respuesta a las últimas interrogantes planteadas nos lleva a revisar los conceptos en doctrina de *thema probandum* y carga de la prueba.

Micheli dice que el tema o necesidad de prueba:

> Es el conjunto de hechos materiales o síquicos, en sentido amplio, **que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso,** en vista de las peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados[12] (Destacado por la autora).

«De manera sencilla se puede decir que se prueban los hechos y, dentro de éstos, sólo los controvertidos o dudosos. Por lo que no son objeto de prueba los hechos admitidos, los notorios y los legalmente presumidos, así como tampoco las afirmaciones de derecho»[13]. Es decir, que se deben probar las afirmaciones de hechos que el demandante ha expuesto en el libelo de la demanda, esto refiriéndonos al demandante; porque evidentemente la parte demandada o los terceros intervinientes también deben probar los hechos alegados.

Aunque no hay unanimidad de criterio para responder qué es lo que se debe probar, ya que algunos señalan que son los hechos y otros las afirmaciones de los hechos, si observamos que en todo caso esos hechos o esas afirmaciones son el presupuesto o el supuesto de hecho de las normas jurídicas cuyo efecto jurídico se pretende.

Por su parte, la noción de carga de la prueba, indica qué le interesa a cada parte probar para alcanzar sus pretensiones, y es indicativo para el juez de cuál debe ser su actuación cuando no exista prueba sobre los hechos o parte de ellos en el proceso.

Asimismo, con relación a qué es lo que se prueba, nuestro Código de Procedimiento Civil en el artículo 506 establece:

---

[12] Micheli. «La carga de la prueba» citado por Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993, p. 187.

[13] Duque Corredor, Román. *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*. Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L., 1990, p. 189.

> 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 liberada de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se puede afirmar que, en general siendo **el objeto de la pretensión**, el pedimento que formula el demandante basado en determinados hechos, dicho pedimento (consecuencia jurídica de la norma) no debe probarse, en otras palabras, no tiene la carga de probarlas el demandante. Son los hechos en que se apoya dicho pedimento (que constituyen el supuesto de hecho de la norma invocada), los que constituyen el tema probatorio.

Sin embargo, en doctrina se realiza una clasificación de las pretensiones atendiendo a su objeto, que resulta interesante para ahondar en este tema, y es la que distingue entre pretensiones de condena, de mera declaración y constitutivas.

Y como afirma Guimaraes Ribeiro las sentencias meramente declarativas y las constitutivas «presentan la peculiaridad fenoménica de consumirse en sí misma, o sea, se agotan en el mundo normativo del deber ser, no necesitando ninguna otra decisión jurisdiccional para realizarse»[14]. Mientras que, señala con relación a las sentencias de condena, que en esos casos:

> ...el juez no puede realizar el derecho del demandante en la misma relación procesal, porque depende de una nueva relación procesal ex intervalo **para producir las debidas alteraciones en el mundo de los hechos,** mientras que en la sentencia constitutiva el juez realiza la modificación de la situación jurídica en la misma relación procesal, porque ésta no exige una alteración en el mundo de los hechos, sino sólo una alteración en el mundo normativo del deber ser[15] (Destacado por la autora).

Esta característica de las pretensiones de condena (o de las sentencias de condena según el criterio que se siga), es la que crea la duda con relación a la prueba del objeto de la pretensión, por cuanto en los otros dos casos, pretensiones constitutivas y mero-declarativas, lo pretendido

---

[14] Guimaraes Ribeiro, Darci. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva. Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. España: J.M. Bosh Editor, 2004, p. 178.

[15] Guimaraes Ribeiro, Darci. *Ob. cit.*, p. 180.

por la parte, «es la modificación jurídica de un estado jurídico, creando así un estado jurídico que antes de la sentencia no existía»[16] en el primer caso, y en el segundo lo pretendido «es la mera declaración de existencia (positiva) o inexistencia (negativa) de una relación jurídica al órgano jurisdiccional»[17], es decir el objeto de la pretensión no sale del mundo del derecho, «consiste exactamente en querer producir un cambio simplemente jurídico y no fáctico, luego este cambio no produce una satisfacción fáctica sino una realización jurídica»[18].

Ahora bien, será en las pretensiones de condena, que el demandante debe probar el objeto de su pretensión, el Código de Procedimiento Civil señala en general, que el objeto de la pretensión debe determinarse con precisión..., ¿pero eso implica que debe probarse?, ¿que **es una carga** del demandante probar el objeto de su pretensión, implicando la declaratoria sin lugar de su pretensión en el caso de que no probase el objeto de su pretensión?

La respuesta a estas interrogantes, es que no hay obligación del demandante de probar el objeto de su pretensión, y no podría ser una carga de él, por cuanto el objeto de la pretensión es el efecto jurídico que se pide, y lo que debe probar es el presupuesto o supuesto de hecho de la norma que se invoca para lograr ese efecto jurídico. Así señala Devis Echandía con relación a la carga de la prueba:

> La carga de probar el nacimiento de la obligación corresponde a quien lo alega, por ser presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido.... Ninguna importancia tiene, para la distribución de la carga de probar, cuál sea el contenido del efecto jurídico perseguido por quien alega el cumplimiento o incumplimiento (si se pide resolución del contrato o indemnización o cumplimiento de la parte contraria, etc.), porque sólo importa la circunstancia de reclamarse la aplicación de la norma que establece ese hecho como supuesto necesario para cualquier efecto jurídico»[19].

Pero, hay casos de pretensiones de condena donde existe la necesidad de conocer el monto de la indemnización que se reclama, el *quantum* de

---

16 Guimaraes Ribeiro, Darci. *Ob. cit.*, p. 181.

17 Guimaraes Ribeiro, Darci. *Ob. cit.*, p. 175.

18 Guimaraes Ribeiro, Darci. *Ob. cit.*, p. 179.

19 Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993, pp. 497 y 498.

los intereses que se pretende, o de cualquier otro efecto jurídico requerido. Así, por ejemplo, el médico que reclama el pago de una operación, el ingeniero que reclama el pago por la elaboración de un proyecto u otros honorarios profesionales, no acordados previamente, precisa el objeto de la pretensión con sólo indicar a su arbitrio el valor de sus trabajos, claro está, deberá probar clase, tiempo y lugar de los servicios profesionales prestados, pero ¿debe también probar el *quantum* de los servicios profesionales que reclama? En semejantes condiciones, estaría el trabajador que reclama las utilidades que conforme a la ley le corresponden por la prestación de servicios durante un tiempo determinado, ¿debería indicar y probar a cuánto alcanzan esas utilidades?; y en general, es una situación en la que está todo actor, cuando el objeto de su pretensión de condena, es un monto, un *quantum* que le exige a la contraparte.

Así también al demandar las indemnizaciones por daños y perjuicios, señala el Código de Procedimiento Civil[20] que se deben especificar «...éstos y sus causas...», pero, ¿debe probar el monto de la indemnización reclamada?

En los anteriores supuestos en los cuales no sea posible para el juez, establecer la estimación o liquidación, porque las pruebas resultan inoperantes o incompletas, el juez debe ocurrir a la experticia complementaria del fallo, prevista en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, para que sean los peritos quienes determinen la cantidad a cuyo pago se condena en la sentencia, ratificando entonces que no es carga del demandante probarlo.

La experticia complementaria del fallo, la ordena el juez por falta de elementos probatorios en los autos que le permitan hacer por sí mismo la estimación de los daños sobre los cuales verse la condenatoria y tienen los jueces la obligación de señalar en la sentencia, de modo preciso, en qué consisten los perjuicios probados y los diversos puntos que deben servir de base a los peritos, quienes no tienen función jurídica sino actividades técnicas para estimar en dinero los daños que determine el tribunal.

En este mismo sentido, ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia:

> ...En opinión del codemandado todos esos conceptos son apreciables en dinero, y por tanto, la empresa demandante, a fin de dar cumplimiento al

[20] Artículo 340, numeral 7°.

deber que le impone el artículo 340, numeral 7, del Código de Procedimiento Civil, ha debido especificarlos, esto es, estimarlos económicamente, en concordancia con el artículo 31 eiusdem, que prevé la obligación del actor de determinar el valor de la demanda mediante la sumatoria del capital, los intereses vencidos, los gastos hechos en la cobranza y los daños y perjuicios anteriores a la presentación de la demanda.

En este orden de ideas, observa la Sala que efectivamente el ordinal 7° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil ordena que el actor en su libelo de demanda, especifique los daños que alega haber sufrido junto con sus causas. No indica –como se puede observar– alguna formalidad especial para realizar la especificación de los mismos y menos aún sobre las causas que originan tales daños.

La Sala entiende que esta obligación del actor contenida en el ordinal 7° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, **no está referida a una necesaria e indispensable cuantificación de los daños y perjuicios que pueden reclamarse,** sino más bien a la narración de las situaciones fácticas que constituyen el resarcimiento. Para la doctrina nacional, este requerimiento de la norma adjetiva civil se traduce en las explicaciones necesarias sobre los daños reclamados que permitan garantizar el derecho constitucional a la defensa. Expresa el autor Arístides Rengel-Romberg sobre el particular, lo siguiente:

«Cuando el objeto de la pretensión es la indemnización de daños y perjuicios, el ordinal 7° del artículo 340 exige que en la demanda se especifiquen éstos y sus causas. Lo que ha querido la ley con esta exigencia es que el demandante indique o explique en qué consisten los daños y perjuicios de su reclamación, y sus causas con el fin de que el demandado conozca perfectamente lo que se le reclama y pueda así preparar su defensa, o convenir en todo o en parte en lo que se le reclama, si este fuere el caso; pero ello no quiere decir –ha dicho la Casación– que se ha de pormenorizar cada daño y cada perjuicio, bastando que se haga una especificación más o menos concreta, señalando a su vez las causas.

No vale una petición genérica de indemnización, sin concretar en qué consisten los daños y perjuicios y sus causas. La Corte de Casación ha sentado también la doctrina de que los expertos encargados de la experticia complementaria del fallo, no están facultados para acordar indemnizaciones pedidas en forma genérica y que los jueces no pueden tampoco ordenar indemnizaciones así demandadas. Pero si esto vale para la especificación de los daños y perjuicios, no ocurre lo mismo con la estimación de su monto, la cual puede dejarse reservada por el demandante para su determinación por expertos, mediante experticia complementaria del fallo, cuando el juez no pueda estimar la cantidad según las pruebas, como lo permite el Art. 249 C.P.C.» (*Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo Código de 1987*. Tomo III. El Procedimiento Ordinario, p. 19).

> En opinión de esa doctrina, que esta Sala Político-Administrativa hace suya, la especificación de los daños y sus causas no se refiere a la cuantificación de los daños, ya que tal estimación puede dejarse, conforme lo prevé el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, al sometimiento de una experticia que complemente el fallo, si los daños no pudieran ser calculados por el juez. La especificación de los daños y sus causas exige las explicaciones indispensables para que el demandado conozca la pretensión resarcitoria del actor...»[21] (Destacado por la autora).

Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil señala en el artículo 249, que «en la sentencia en que se condene a pagar frutos, intereses o daños se determinará la cantidad de ellos, **y si el Juez no pudiere estimarla según las pruebas**, dispondrá que esta estimación la hagan peritos,...».

Con referencia a la norma del artículo 249 del CPC, antes parcialmente transcrita, afirma el Dr. Leoncio E. Cuenca Espinoza que:

> Ante la inactividad del demandante, relativa a la probanza de la cuantía de lo demandado, **en principio, hay que resolver el asunto conforme a la norma que regula la carga objetiva de la prueba, prevista en el artículo 1.354 del Código Civil**, sentenciando en su contra, porque, en principio, el Juez no puede suplir la inactividad probatoria de la parte, mediante la experticia complementaria.
>
> ... De manera que, podríamos concluir, que en aquellos casos en que expresamente la establezca la ley, o estén interesados el orden público o las buenas costumbres, o haya dificultad probatoria, el Juez puede suplir la inactividad probatoria respecto al quantum de la condena, ordenando la práctica de la experticia complementaria»[22].

De acuerdo con mi punto de vista, «...la inactividad del demandante, relativa a la probanza de la cuantía de lo demandado...», no se debe considerar como motivo para una sentencia adversa al actor, ya que no es un requisito para la procedencia de la experticia complementaria del fallo que el demandante, por lo menos, haya intentado probar dicha cuantía. Eso es así, por cuanto no es carga del demandante probar la cuantía de lo demandado, cuando ése es el objeto de la pretensión y en

---

[21] Sentencia N° 01391 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el 15-06-2000.

[22] Cuenca Espinoza, Leoncio. «La Experticia Complementaria del Fallo Ejecutoriado» en *Revista de Derecho Probatorio* N° 12. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 2000, p. 66.

consecuencia, el efecto jurídico de la norma. Y debe entenderse, que a las pruebas que se refiere el Código de Procedimiento Civil en el artículo 249, cuando dice: «y si el juez no pudiera estimarla según las pruebas», son las pruebas del objeto de su pretensión, que haya traído al proceso el actor (o las partes) en forma facultativa, pero que sean inoperantes o insuficientes, siendo necesario en tales casos, una experticia complementaria del fallo.

Establece el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil:

> En la sentencia en que se condene a pagar frutos , intereses o daños, se determinará la cantidad de ellos, y si el Juez no pudiere estimarla según las pruebas, dispondrá que esta estimación la hagan peritos, **con arreglo a lo establecido para el justiprecio de bienes en el Título sobre ejecuciones del Código de Procedimiento Civil.** Lo mismo se hará cuando la sentencia ordene restitución de frutos o indemnización de cualquier especie, si no pudiere hacer el Juez la estimación o liquidación con arreglo a lo que hayan justificado las partes en el pleito (Destacado por la autora).

Como se puede apreciar de la norma del artículo 249 del CPC, dicha experticia se rige por las normas del justiprecio de bienes, regulado en los artículos 556 al 562 del Código de Procedimiento Civil (CPC) y ni siquiera dicha norma establece la posibilidad de aplicar supletoriamente las normas que regulan la experticia como medio de prueba previstas en el Código de Procedimiento Civil. En este sentido señala Cuenca Espinoza:

> En efecto, la experticia complementaria del fallo ejecutoriado, **por realizarse después de terminado el proceso de conocimiento, no puede cumplir con la función propia de un medio probatorio, es decir, no traslada hechos al proceso para verificar las afirmaciones de hecho de las partes,** a fin de que el Juez cumpla con la función de juzgar; sino que por el contrario, después de cumplir esa función a fin de ejecutar lo juzgado, es que se practica esta experticia; razón por la cual, el legislador dispone que la misma se realice conforme a las reglas del justiprecio[23] (Destacado por la autora).

También existe el juramento deferido de oficio, establecido en el Código Civil en los siguientes términos:

> Artículo 1.419. En los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de hecho ilícito, culpa o dolo, puede el Juez deferir el juramento al demandante, con las circunstancias y efectos siguientes:

[23] Cuenca Espinoza, Leoncio. *Ob. cit.*, p. 55.

1. El hecho ilícito, la culpa o el dolo, han de resultar debidamente probados.
2. La duda del juez ha de recaer sobre el número o valor real de las cosas, o el importe de los daños y perjuicios.
3. Que sea imposible probar de otra manera el número o valor de las cosas demandadas o el importe de los daños y perjuicios».

Es decir, cuando la condena recae sobre montos que le es imposible a los peritos estimar, el juez puede en la sentencia deferir el juramento al demandante, cuyas circunstancias y efectos se encuentran establecidos en el Código Civil.

Este juramento deferido por el juez de oficio tiene como características, que siempre se realiza después de la sentencia al igual que la experticia complementaria del fallo, y en consecuencia de este juramento no va a depender la decisión de lo discutido en el juicio, pero a este juramento sí se le aplican en los casos en que lo permita el Código Civil las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil relativas al juramento decisorio (artículos 420 al 427) por disposición del artículo 428 del citado Código, situación diferente a la experticia complementaria del fallo donde no existe ninguna norma legal que autorice la aplicación supletoria de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas a la experticia como medio de prueba.

A través de este juramento lo único que se hace es la estimación de los daños y perjuicios, porque de acuerdo a lo establecido por el Código Civil en el artículo 1.420, la estimación que hace el demandante en virtud de dicho juramento no es más que una base para que el juez aprecie el número o valor de las cosas demandadas o el importe de los daños y perjuicios expresados en el artículo 1.419, antes citado.

En conclusión, de acuerdo con las disposiciones legales antes expuestas, la doctrina y la jurisprudencia citada, lo concerniente al objeto de la pretensión, no se rige exactamente por las normas de la prueba de los hechos, ya que solamente en forma excepcional en el juramento deferido de oficio, en los casos en que lo permita el Código Civil (artículo 428), se observarán las disposiciones relativas al juramento decisorio establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

Bibliografía

BORJAS, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano.* Tomo III, Caracas: Librería Piñango.

CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo (1993). «El Instrumento Fundamental» en *Revista de Derecho Probatorio* N° 2. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L.

Código de Procedimiento Civil. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* 4.202 (Extraordinario). Septiembre 18, 1990.

CUENCA ESPINOZA, Leoncio (2000). «La experticia complementaria del fallo ejecutoriado» en *Revista de Derecho Probatorio* N° 12. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993). *Teoría General de la Prueba Judicial.* Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

DUQUE CORREDOR, Román (1990). *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario.* Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L.

ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (2000). *Iura Novit Curia y aplicación Judicial del Derecho.* España: Editorial Lex Nova.

GUIMARAES RIBEIRO, Darci (2004). *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva. Hacia una Teoría Procesal del Derecho.* España: J.M. Bosh Editor.

Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,* 5.771 (Extraordinario). Mayo 18, 2005.

MÁRQUEZ ÁÑEZ, Leopoldo (1987). *El Nuevo Código de Procedimiento Civil.* Caracas: Fondo de Publicaciones UCAB-Fundación Polar.

RENGEL-ROMBERG, Arístides (1992). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano.* Tomo II. Caracas: Editorial Arte.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, N° RC.000744, 29-07-2004 (Dolores Guillén vs. Marvely Josefina Valera de Urbina). http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Julio/RC-00744-290704-04050.htm

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, N° 01391, 15-06-2000 (Aerolíneas Argentinas, S.A. *vs.* el Banco Central de Venezuela y la República de Venezuela). http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01391-150600-15531.htm

Consideraciones sobre la aplicabilidad del principio *iura novit curia* a las directrices técnicas contenidas en circulares emanadas de la superintendencia de bancos y otras instituciones financieras

Ligia Elena Pérez Meléndez*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

Ubi non est justitia, ubi non potes esse jus
donde no existe justicia no puede haber derecho

El presente trabajo me fue asignado como parte de la evaluación del Programa de Formación Inicial para Jueces dictado por la Escuela Nacional de la Magistratura, específicamente en la materia Pruebas impartida por el magistrado y profesor Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, el mismo tiene por objeto el análisis del artículo 20 del Decreto Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras y determinar si las directrices técnicas de obligatoria observanza contenidas en circulares, son fuente de derecho cubiertas por el principio *iura novit curia.*

Antes de pasar a analizar el contenido de la norma señalada y responder a la pregunta que se formula, considero indispensable precisar algunos aspectos en relación al principio *iura novit curia.*

Acerca del Principio *iura novit curia*

El aforismo jurídico conocido como *iura novit curia* que se suele traducir como «**el juez conoce del Derecho**», de acuerdo a lo afirmado por **Rafael Quintero Moreno** en el trabajo presentado con ocasión de las Jornadas sobre Derecho Procesal Penal realizadas por el Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del Estado Zulia en Maracaibo el 30 de junio del 2006 citando al autor **Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas** expresa que bajo el aforismo *iura novit curia* se esconden dos usos del conocimiento judicial del Derecho diversos: como presunción y como principio jurídico.

El conocimiento del Derecho por parte del juez como presunción:

> En el ámbito del proceso, la distribución de tareas entre las partes y el órgano jurisdiccional se sustenta, en buena medida, en la presunción de que este último conoce el Derecho aplicable al litigio. Esta circunstancia

exime a las primeras de alegar y probar los materiales jurídicos y justifica además que el juez no se encuentre vinculado a las consideraciones de Derecho que eventualmente aquéllas efectúen.

El conocimiento del Derecho por parte del juez como principio normativo:

Junto a esa función puramente procesal, el aforismo actúa también como un principio normativo, como un deber impuesto a los jueces de resolver los litigios utilizando el Derecho, es decir, de sujetarse a éste, lo que implica conocerlo (el juez «debe conocer» el derecho).

Ambas funciones reposan no obstante en la misma condición: que sea posible conocer el Derecho. Sólo en este caso tiene sentido presumir su conocimiento por el juez en el proceso y sobre todo, imponerlo al órgano jurisdiccional como un deber que va a ser controlado por un tribunal superior (pp. 18-19).

Señala el autor comentado que «en el proceso se produce un reparto de tareas entre el juez y las partes. Con carácter general, al primero le corresponde la investigación del Derecho y a las segundas la prueba de los hechos» (p. 30).

Agrega **Quintero Moreno** que si al juez corresponde la investigación del Derecho, ello significa que está obligado a «decir» el Derecho, de allí la máxima *non liquet* que en su criterio contiene el **artículo 6 del Código Orgánico Procesal Penal** como un reconocimiento expreso de lo que ya establecía el **artículo 19 del Código de Procedimiento Civil.**

Para este autor el aludido reparto de tareas no es más que el *iura novit curia* en acción y viene a representar aquel antiguo principio del *da mihi factum, dabo tibi ius*, colorario del aforismo que estamos comentando y el cual significa «dame el hecho y te daré el derecho» (p. 97).

Este aforismo expresa de manera simple el reparto de las cargas entre el juez y las partes, según el cual el dar los hechos, es decir, llevar los hechos al conocimiento del juez corresponde a las partes mientras que el «dar» el derecho corresponde al juez de acuerdo al principio *iura novit curia.*

Si bien las partes en el proceso no están obligadas a probar sus argumentos de derecho en nuestro proceso civil el artículo 340 en el

numeral 5° establece como requisito del libelo de demanda, la expresión de la relación de los hechos **y los fundamentos de derecho**. De tal manera que el derecho debe ser invocado por las partes.

Igualmente en materia penal se establece que la acusación debe contener entre otros requisitos: «...La expresión de los preceptos jurídicos aplicables...». **Artículo 303 del COPP.** Igual requisito se exige al querellante en los delitos de acción dependiente de instancia de parte. **Artículo 404 del mismo Código.**

En materia laboral pareciera que el legislador eximió a las partes de la alegación del derecho lo cual se desprende del texto del artículo 123 de la Ley Orgánica Procesal Laboral que señala los datos que deben contener las demandas laborales.

Continuando con nuestras consideraciones sobre el principio *iura novit curia* podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico dicho principio está establecido en el **artículo 12 del Código de Procedimiento Civil** disposición legal que de acuerdo a lo expresado **por Jose Andrés Fuenmayor** en la conferencia «Consideraciones Generales sobre el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil» dictada durante las III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Arístides Rengel Romberg en Homenaje al profesor Alberto Baumeister Toledo es sin exagerar «...la estructura sobre la cual está construido el proceso venezolano, constituyendo por sí solo, todo un sistema...» (p. 13) Sostiene que la misma es un auténtico faro procesal (p. 20).

Cuando el **artículo 12 del Código de Procedimiento Civil (en lo sucesivo CPC)** establece:

> ...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...» está indicándole al juez que debe decidir conforme a las normas del derecho y de acuerdo a la opinión del comentado autor este Derecho es el Derecho Positivo (p. 19).

Esta norma, la cual considera esencialmente procesal, imperativa, positiva y de derecho estricto (p. 17), vincula al juez con la sentencia que es un pronunciamiento fruto de un razonamiento lógico que concatena exclusivamente los hechos y alegatos que existan en el expediente con las disposiciones del Derecho Positivo (p. 21).

En este orden de ideas, el destacado procesalista venezolano **Ricardo Enríquez La Roche** en su *Código de Procedimiento Civil* comentado al referirse al **artículo 12 del CPC** señala que esta disposición recoge varios principios, entre ellos el de veracidad según el cual el juez debe procurar conocer la verdad, el principio de legalidad conforme al cual el juez debe atenerse a las normas de derecho, salvo que la ley o las partes lo faculten para obrar conforme a la equidad, el de congruencia de la decisión con la pretensión y el de presentación según el cual no puede sacar elementos de convicción fuera de los autos (p. 59).

El contenido de esta norma plantea lo relativo a los argumentos de hecho (*quaestio facti*) y de derecho (*quaestio iuris*) para decidir, los argumentos de hecho corresponden a las partes alegarlos y probarlos mientras que aplicar el derecho le corresponde al juez.

Según **La Roche,** los argumentos de derecho conciernen al texto de la ley, su conocimiento corresponde al juez y están exentos de prueba por las partes. Según el principio *iura novit curia* (la curia, el tribunal, conoce el derecho), el magistrado puede aplicar una norma jurídica aun cuando no haya sido invocada por los litigantes, debiendo señalarla en la motivación, pues según el **artículo 254** el juez debe indicar en la sentencia la ley aplicable al caso (pp. 60-61).

En relación al principio analizado ha sido reiterada la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal según la cual la calificación legal de los hechos corresponde al poder de los jueces estando incluso facultados para cambiar la calificación de las acciones dadas por las partes o adicionando apreciaciones o argumentos legales que son producto del enfoque jurídico del juez (pp. 61-63 y 237-239).

El **artículo 12 del CPC** comentado está íntimamente vinculado al **artículo 243** del mismo Código que establece los requisitos de la sentencia y más específicamente con el **numeral 4°** que obliga al juez a exponer los motivos de hecho y de derecho para decidir.

Habiendo precisado que el principio *iura novit curia* tiene una doble connotación en el sentido que comprende por un lado, una presunción de conocimiento del Derecho por el juez y por otro, un principio normativo según el cual los jueces en sus decisiones tienen el deber de fundamentarlas en el Derecho, en razón de lo cual están en el deber de conocerlo para cumplir con su poder-deber jurisdiccional de decidir las controver-

sias. Que de la aplicación de dicho principio se deriva que las partes están eximidas de alegar y probar los materiales jurídicos, es decir el Derecho y justifica que el juez no se encuentra vinculado a las consideraciones de Derecho que eventualmente aquéllas efectúen.

Es importante destacar que el principio *iura novit curia* hace referencia a la presunción, el deber de conocimiento y de fundar las decisiones en el Derecho, observamos que el principio alude al Derecho no a la ley.

Este aspecto nos obliga a remontarnos al concepto y las fuentes del Derecho.

El Derecho según el profesor **s.j. Luis María Olaso:**

> Es la recta ordenación de las relaciones sociales, mediante un sistema racional de normas de conducta declaradas obligatorias por la autoridad competente, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica (*Curso de Introducción al Derecho.* Tomo I, UCAB Caracas, 2005, p. 12).

Ahora bien el Derecho tiene varias fuentes siendo la primera y principal la Ley, fuente formal y directa del Derecho, seguida de la costumbre, la cual para algunos autores también es fuente formal directa del Derecho. Aparte de estas fuentes existen también las fuentes formales indirectas del Derecho llamadas también subsidiarias o auxiliares, como son la Jurisprudencia, la Analogía (que para algunos no es una fuente propiamente dicha sino un método de aplicación del derecho), la Doctrina, la Equidad y los Principios Generales del Derecho.

Ahora bien, ¿el Derecho que debe ser conocido y aplicado por el juez según el principio *iura novit curia* será exclusivamente el Derecho entendido como ordenamiento jurídico positivo, es decir, el conjunto de normas jurídicas vigentes en el país en un momento determinado o será el Derecho en general que incluye a las demás fuentes del derecho?

Modestamente opino que el Derecho cuyo conocimiento de acuerdo al principio *iura novit curia*, se presume y debe poseer el juez y por ende aplicarlo es el Derecho entendido en términos amplios que comprende no sólo a la ley entendida en sentido estricto o formal que se refiere a los mandatos de carácter general sancionados por el poder legislativo en la forma y mediante el procedimiento establecido en la Constitución, la cual

incluye los convenios internacionales suscritos y ratificados por la República aprobados mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional.

También el Derecho está contenido en la ley entendida en sentido amplio o material que comprende los actos normativos de carácter general emanados por el Poder Ejecutivo, caso de los decretos con rango y Fuerza de Ley, y los otros instrumentos normativos supra legales como la Constitución y los de carácter sub-legal como los Reglamentos y Resoluciones de carácter general.

Sabemos que la ley sea formal o material no contempla todas las situaciones y existen casos que no poseen regulación, dando lugar a lo que se conoce como lagunas de la ley. No obstante esa circunstancia el juez tiene el deber de decidir todos los casos que se le sometan a su consideración de acuerdo a lo previsto en el **artículo 19 del CPC**. Obligación ésta prevista también expresamente en materia penal en el **artículo 6 del COPP** y para ello debe recurrir a otras fuentes distintas a la ley las cuales también forman parte del Derecho.

En esos casos de lagunas de la ley el juez debe en principio seguir lo dispuesto en el **artículo 4 del Código Civil** que señala:

> ...Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas. Y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

También dependiendo del caso de que se trate el juez podrá o tendrá que acudir a otras fuentes del derecho dependiendo de la materia sobre la cual tenga que decidir, porque recordemos que existen fuentes generales del derecho pero cada rama del derecho tiene sus fuentes particulares. En estos casos el juez tiene que realizar la labor que se conoce como integración del derecho.

Pero tal y como sostiene el autor **Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas «Lógicamente nadie puede pretender que un juez conozca todo el Derecho. El principio iura novit curia debe entenderse como el deber que tiene el juez de procurarse, por sí mismo, los conocimientos necesarios para resolver cada litigio con la solución prevista por el sistema jurídico».**

Lo que sí es cierto de acuerdo con este principio es que la normativa vigente se presume y debe ser conocida por el juez. ¿Pero cuál normativa?

En este punto debemos considerar lo dispuesto en el artículo 1º de nuestro Código Civil que establece:

> La ley es obligatoria desde su publicación en la GACETA OFICIAL o desde la fecha posterior que ella misma indique.

También debemos tomar en cuenta lo establecido en la **Ley de Publicaciones Oficiales publicada en *Gaceta Oficial* del 22 de Julio de 1941, en sus artículos 1 y 7** los cuales disponen que las leyes, los Acuerdos y demás actos de las Cámaras Legislativas (hoy Asamblea Nacional) cuya publicación sea ordenada legalmente o resuelta por las propias Cámaras (Asamblea) o por sus Presidentes, deben publicarse en la Gaceta Oficial.

Esta ley en sus **artículos 8 al 10** obliga a publicar en la Gaceta Oficial los decretos presidenciales, los reglamentos, Resoluciones y otros actos del Poder Ejecutivo que por mandato legal o a juicio de aquel requieran publicidad, así como los fallos y actas de la Corte de Casación y otras sentencias de organismos judiciales nacionales, cuando así lo ordenen las leyes especiales.

Tal es el caso por ejemplo, de las decisiones dictadas por nuestro máximo tribunal señaladas en los **numerales 5 al 8 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela** las cuales por mandato expreso de la ley en los indicados artículos, deben ser publicadas en la Gaceta Oficial, de modo que entran a formar parte del Derecho positivo y necesariamente tendrán que ser conocidas por los jueces de acuerdo al principio objeto de nuestro estudio.

El artículo 14 de la comentada Ley de Publicaciones Oficiales le otorga el carácter de documento público a las leyes, Decretos, Resoluciones y demás actos oficiales que aparezcan en la Gaceta Oficial.

Las normas antes citadas contenidas en la Ley de Publicaciones Oficiales deben ser concatenadas con lo dispuesto en los **artículos 33 y 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)**, los cuales comentaré más adelante.

Así las cosas tenemos que concluir que las normas y otros actos que la ley ordene publicar en la *Gaceta Oficial* deben presumirse conocidas por

el juez, las partes no están obligadas a presentar prueba de las mismas por tratarse de documentos públicos y el juez tiene el deber de ubicarlas por sus propios medios. No obstante las partes al invocar una norma o un acto publicado en la *Gaceta Oficial* pueden coadyuvar al juez aportando dichas publicaciones y presentarlas, pero el deber de buscarlas corresponde al juez.

Precisado lo anterior seguidamente pasamos a analizar la cuestión relativa a la pregunta formulada acerca de si las directrices técnicas contenidas en circulares señaladas en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras son fuente del Derecho cubiertas por el principio *iura novit curia*.

Para ello seguidamente copiamos el texto íntegro del **artículo 20** de la mencionada ley cuya lectura fue encomendada para la realización del presente trabajo.

El artículo 20 del Decreto Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

El artículo 20 del Decreto Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras objeto de nuestro análisis, establece lo siguiente:

> Dentro de los cuarenta y cinco (45) días continuos contados a partir del recibo de la solicitud y documento correspondientes a que se contrae el artículo anterior, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras concederá o negará la autorización solicitada, tomando en consideración los siguientes elementos de juicio:
>
> 1. Origen de los fondos que se aplicarán a la compra de las acciones.
> 2. Experiencia en la actividad bancaria y capacidad patrimonial del adquirente. A tal efecto podrá requerir de los interesados, estados financieros auditados por Contadores Públicos en el ejercicio independiente de la profesión.
> 3. Que el adquirente no se encuentre incurso dentro del supuesto previsto en el artículo 12 de este Decreto Ley.
> 4. La solvencia y liquidez del banco o institución financiera involucrado.
> 5. Los efectos de la operación sobre la estructura accionaria del banco o institución de que se trate. A esos fines se considerarán como adquiridas por personas interpuestas, las acciones traspasadas a personas naturales o jurídicas que a juicio de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras tengan capacidad de pago suficiente o no puedan hacer constar el origen de los fondos aplicados en la compra de las acciones.
> 6. La incidencia de la operación sobre la estructura del sistema financiero.

Cuando se trate de una nueva emisión de acciones, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras podrá objetar la transacción si comprobare que no se respetó el derecho de preferencia de los accionistas, aun cuando no esté previsto explícitamente en los estatutos sociales del banco, entidad de ahorro y préstamo, casa de cambio, otra institución financiera o empresa de que se trate, regida por este Decreto Ley. «La Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras establecerá mediante normas de carácter general los trámites que serán cumplidos para asegurar el ejercicio razonable y oportuno de dicho derecho».

El artículo anterior faculta a que la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras para establecer mediante normas de carácter general algunos trámites para asegurar el ejercicio razonable y oportuno del derecho de preferencia que tienen los accionistas para adquirir otras acciones de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o empresa regida por ese Decreto Ley y concretamente cuando se trata de emisión de nuevas acciones.

Para poder responder la cuestión planteada considero necesario primeramente precisar que **la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (en lo adelante SUDEBAN)** de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 213 al 216 del Decreto Ley comentado, es un organismo autónomo (Instituto Autónomo) de carácter técnico y especializado, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional que tiene como función principal supervisar, controlar y vigilar las instituciones financieras regidas por el Decreto Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, con el objetivo de determinar la correcta realización de sus actividades a fin de evitar crisis bancarias y permitir el sano y eficiente funcionamiento del Sistema Financiero venezolano.

La **SUDEBAN** es un órgano de la Administración Pública perteneciente al Poder Ejecutivo Nacional, está adscrita al Ministerio de Finanzas a los solos efectos de la tutela administrativa, gozando de las prerrogativas, privilegios y exenciones de orden fiscal, tributario y procesal, que la ley otorga a la República. La SUDEBAN goza de autonomía funcional, administrativa y financiera en el ejercicio de sus atribuciones en los términos establecidos en el Decreto Ley que la rige.

Este Decreto Ley le otorga a la **SUDEBAN** una serie de facultades dentro de las cuales está dictar el reglamento interno que regulará su organización y funcionamiento (artículo 224) reglamento que de acuerdo a lo ordenado por el **artículo 33 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)** debe ser publicado en la Gaceta Oficial.

Las otras atribuciones conferidas a la **SUDEBAN** están señaladas en el artículo 235 del aludido Decreto Ley, entre éstas tenemos la de dictar normas de carácter general dirigidas a las instituciones sometidas a su control y vigilancia, normativas que en algunos casos reciben el nombre de reglas, normativas, regulaciones y normativas prudenciales (Ej. Numerales 9, 10, 17,18, 19 de los artículos 235 y 236) y en otros casos denomina directrices (parte final del numeral 10) las cuales por su contenido pareciera que están referidas exclusivamente a cuestiones técnicas.

Ahora bien observamos que la **SUDEBAN** está facultada para dictar una inmensa normativa y la pregunta que surge es si ¿el juez de acuerdo al principio *iura novit curia* en un caso relacionado con la materia bancaria o financiera estaría obligado a conocer toda la amplia normativa producida por este organismo?

Considero que va a depender si la normativa dictada por **SUDEBAN** es a través de un reglamento, resolución u otro acto que deba y sea publicado en la Gaceta Oficial a tenor de lo establecido en el mencionado **artículo 33** y del **artículo 72 de la LOPA** si serán fuente del derecho cubierta por el principio *iura novit curi* y el juez tiene el deber de obtenerla y conocerla.

Ahora bien el asunto a dilucidar es si las directrices técnicas contenidas en circulares son fuente del derecho y por lo tanto cubiertas por el principio *iura novit curia*. Pienso que aquí la situación es diferente y para ello resulta también necesario revisar el concepto y contenido de las circulares administrativas.

Las circulares administrativas

Según José Peña Solís, en su obra *Manual de Derecho Administrativo* Adaptado a la Constitución de 1999, Volumen I, pp. 615-619, señala «la doctrina mayoritaria –nacional y extranjera–» (Sanso, 1981; Entrena Cuesta, 1990; Dromi, 1983; Lares, 1990; Bassi, 1995) está conteste en que las

circulares e instrucciones constituyen expresión de la denominada actividad interna de la Administración. En ese marco conceptual se inscribe la tesis de Villegas Basavilbaso, citado por Dromi, cuando define a las instrucciones y circulares como:

> manifestaciones del poder jerárquico, que tiende a dar directivas a los agentes de la Administración Pública en la ejecución de la ley constituyendo simplemente un mecanismo interno de la Administración Pública para obtener unidad de dirección y de acción, a pesar de la pluralidad de los órganos.

Dromi agrega que son actos internos de la administración, no actos administrativos, ya que no producen efectos jurídicos inmediatos sobre los administrados, posición que no pareciera enteramente aplicable en Venezuela, en virtud de que **con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, tanto las circulares como las instrucciones (instructivos) son definidos como actos administrativos,** puesto que así se desprende de la interpretación concordada de sus **artículos 14 y 17,** el primero de los cuales preceptúa:

> **Los actos administrativos** tienen la siguiente jerarquía: decretos, órdenes, providencias y otras **decisiones** dictadas por órganos y autoridades administrativas.

A su vez el **17** estatuye:

> Las decisiones de los órganos de la Administración Pública Nacional, cuando no les corresponda la forma de decreto o resolución, conforme a los artículos anteriores, tendrán la denominación de orden o providencia administrativa. También en su caso, podrán adoptar las formas de **instrucciones o circulares.** ...De la interpretación del mismo, sin duda, surge una neta diferenciación de estos actos con los decretos y resoluciones,...En este orden de razonamiento la Administración sólo podrá acudir a las instrucciones y a las circulares cuando pretenda actuar internamente, sobre la base de la jerarquía administrativa...Por lo demás ésta es la orientación que privó en varios fallos dictados por la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa.

En este marco conceptual, las circulares constituyen la expresión o forma de un acto de naturaleza interna, mediante el cual un órgano administrativo superior actúa como informador de otros órganos inferiores, sobre determinados actos, hechos o circunstancias. Siempre

aparece dirigida a una pluralidad de destinatarios, pues carece de sentido cuando es utilizada para dirigirse a un solo órgano o destinatario.

Añade Peña Solís que las circulares tienen una evidente utilidad práctica para el funcionamiento de la Administración.

En relación a la circulares administrativas la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 20-11-03 con ponencia del **magistrado Hadel Mostafá Paolini** estableció lo siguiente:

> Resulta preciso reiterar el criterio jurisprudencial sostenido en los fallos Nros. 855 de fecha 7 de julio de 1999 y N° 6 de fecha 20 de enero de 2000 de la Sala Especial Tributaria II, a saber: «**Las circulares son actos emitidos por los órganos de la Administración Pública, dictados en forma distinta a los decretos y resoluciones, que generalmente expresan unas órdenes o instrucciones destinadas a guiar o determinar las actuaciones de los funcionarios de menor jerarquía en aspectos específicos, constituyendo para ellos un mandato de obligatorio cumplimiento en el ejercicio de sus tareas**». La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos las conceptualiza empleando un método residual, al establecer en el artículo 17 que «Las decisiones de los órganos de la Administración Pública nacional, cuando no les corresponda la forma de decreto o resolución, conforme a los artículos anteriores, tendrán la denominación de orden o providencia administrativa. También en su caso podrán adoptar las formas de instrucciones o circulares». La circular es el medio más empleado por la Administración en su actividad interna para ordenar, recomendar o instruir a sus funcionarios sobre diversos aspectos; esta diversidad de objetivos administrativos conlleva a la existencia de circulares con diferente contenido: las que expresan textos o proposiciones generales y abstractas referidas a la estructura de los órganos y a la manera de realizar ciertas fases del procedimiento; las que configuran un medio a través del cual el órgano supraordinado dirige o induce la acción de los subordinados; las que notifican órdenes internas, indicando a los órganos subordinados la asunción de determinadas conductas, las cuales, en su mayoría, son secretas o reservadas; y las que comunican o participan determinado asunto de interés para la Administración (Cfr. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Teoría General de la Actividad Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, 1986) Estas medidas o actos administrativos emanados de los superiores jerárquicos, con un ámbito de aplicación limitado al interior de los órganos o dependencias públicas, que establecen mandamientos, recomendaciones o instrucciones sobre determinados aspectos, son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios en virtud de la obediencia jerárquica debida; **de acuerdo a los términos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, esas decisiones de carácter interno están exceptuadas de publicarse en la Gaceta Oficial...**

Las circulares contentivas de directrices técnicas dictadas por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras

Todo lo expuesto con anterioridad me permite llegar a la conclusión que las directrices técnicas de obligatoria observanza dictadas por la SUDEBAN mediante **circulares** dirigidas a las instituciones sometidas a su supervisión y control, son actos administrativos a tenor de lo dispuesto en el **artículo 17 de la LOPA** que no requieren ser publicados en la Gaceta Oficial de acuerdo con el **artículo 72 de la LOPA**, por tanto no son instrumentos públicos, en consecuencia no son cubiertas por el principio *iura novit curia*, por tanto el juez no está obligado a conocerlas y la parte que en un procedimiento judicial alegue y solicite la aplicación del contenido de esas circulares debe traerla al conocimiento del juez.

Como complemento del presente trabajo anexo información obtenida de la pagina web de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras en donde se refleja la normativa que rige en materia bancaria y financiera, la cual da muestra de que existen algunas regulaciones dictadas por este organismo bajo la forma de resoluciones que son publicadas en la Gaceta Oficial y numerosas Circulares las cuales no son objeto de obligatoria publicación en dicho instrumento oficial.

Espero de esta forma haber cumplido cabalmente con la investigación que me fue encomendada la cual hubiera deseado profundizar más pero lo limitado del tiempo dado mis ocupaciones personales y profesionales aunado a los compromisos académicos con las otras materias del programa del PFI no me lo permitieron. No obstante realicé mi mejor esfuerzo dentro de mis posibilidades humanas y materiales.

Bibliografia

CALVO BACA, Emilio. *Código Civil Venezolano.* Tomo I. Caracas, Venezuela: Ediciones Libra, C.A.

FUENMAYOR, José Andrés (2000). *Consideraciones generales sobre el Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.* III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Arístides Rengel Romberg. Ciclo de Conferencias en Homenaje al profesor Alberto Baumeister Toledo. Puerto Ordaz, estado Bolívar, julio 1999. UCAB, Fundación Pérez Llantada. Caracas.

HENRÍQUEZ LA ROCHE (1995). *Código de Procedimiento Civil.* Tomos I y II. Caracas: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

OLASO, Luis María s.j. (2005). *Curso de Introducción al Derecho.* Tomo I. Caracas: UCAB.

ORTIZ-ORTIZ, Rafael y NANI TORRES, Mariela (2005). «Las fuentes metaestatales del Derecho Hacia una reordenación del ordenamiento jurídico» Separata de *Filosofía del Derecho y otros temas afines.* Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera. Colección Libros Homenaje N° 17. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela.

PEÑA SOLÍS, José (2002). *Manual de Derecho Administrativo.* Adaptado a la Constitución de 1999. Volumen I. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas Venezuela.

QUINTERO MORENO, Rafael. Conferencia «En torno al principio del *iura novit curia*» en Jornadas sobre Derecho Procesal Penal Instituto de Estudios Jurídicos "Ángel Francisco Brice"». Colegio de Abogados del estado Zulia. Maracaibo 30 de Junio del 2006.

Bibliografía

Los hechos implícitos y su prueba

Luis Miguel Reyna Noguera*

* Profesional del Derecho. Participante del Programa de Formación Inicial (PFI) para aspirantes a Jueces de la República.

Siempre se ha dicho que la justicia verdadera e infalible, y por tanto intrínsicamente justa, es la justicia divina. Ello es así por que Dios no necesita pruebas para juzgar a nadie, y como quiera que él todo lo sabe, todo lo oye, y todo lo ve, tampoco necesita del proceso, que es considerado como el instrumento para el establecimiento de los hechos conducentes a la sentencia.

En cambio los hombres, seres imperfectos, limitados y susceptibles de incurrir en error, no tienen otro medio de solución de las controversias, para establecer el orden perturbado, que el proceso. El proceso es el medio para probar los hechos. Ello conduce a lo que Muñoz Sabaté denomina la tremenda contingencia del proceso, pues el mismo se constituye en un instrumento clínico del derecho, o instrumento de satisfacción de pretensiones, para cuya realización precisa una serie de medios no siempre fáciles de conseguir.

El proceso definido por Cuenca (1998), es un conjunto de actividades ordenadas por la ley, para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional, es una relación jurídica que vincula a los sujetos que intervienen en él, es una institución porque está regulado por la ley, el proceso no es un fin es el instrumento para lograr la justicia. El proceso tiene dos fines: uno inmediato que es la «sentencia», o sea el reconocimiento de un derecho, y otro mediato posterior que es la satisfacción de ese derecho mediante la «ejecución forzosa» u otros medios de ejecución de la sentencia.

Es sumamente elemental entonces que siendo el proceso un instrumento para lograr la justicia, el mismo deba necesariamente ser adecuado, y contar con elementos que permitan que su acontecer sea satisfactorio para la ley, el proceso por tanto permite que el procedi-

miento exista, pues el mismo es un conjunto de actos realizados por el juez, las partes, los terceros, el fiscal del Ministerio Público, y los auxiliares de justicia en determinado tiempo y lugar conforme a un orden establecido en la ley.

Así el proceso comienza con la interposición de la demanda, la cual contiene la pretensión del actor, y una vez la misma es contestada por el demandado se traba la *litis*, lo cual Carnelutti ha definido como el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados, y por la resistencia del otro.

Ambas etapas (interposición de la demanda, y contestación) son de gran relevancia para todo el desarrollo y desenvolvimiento del proceso, pues en el primer caso, quien demanda debe ser lo suficientemente claro en el libelo para exponer el objeto de la pretensión, la relación de los hechos y el fundamento de derecho, pues no tendrá otra oportunidad de hacerlo, luego que el demandado conteste, al menos que reforme la demanda de conformidad al artículo 343 del Código de Procedimiento Civil. En el otro de los casos, quien conteste debe ser lo suficientemente templado en expresar con claridad si la contradice en todo o en parte, si conviene absolutamente, exponiendo las razones, defensas y excepciones perentorias.

Es lógico que ante este escenario, escenario del contradictorio y de lo controvertido, es necesario que se empleen elementos y medios para que se satisfaga lo demandado o requerido por las partes, es allí en donde el contexto probatorio es de trascendental importancia y de un valor propio, pues imprime al proceso las herramientas que permiten a futuro poner fin a las divergencias.

Los hechos a ser probados constituyen una de las etapas más fundamentales y de vital importancia dentro del proceso, allí las partes deben descargar todos los medios de pruebas posibles para lograr que su pretensión sea deducida en base a pruebas que permitan determinar quién tienen la razón, y a quién le asiste el derecho, en medio de las contrapuestas intenciones y peticiones.

Si en la etapa inicial (Contestación de la demanda), es necesario y obligatorio que se respete el debido proceso, y el derecho a la defensa, en la etapa probatoria que podríamos definir como la intermedia, no deja de serlo y es allí uno de los momentos en los cuales el juez debe no sólo

respetar este principio de carácter universal, debe garantizarlo a costa de la constitucionalidad y legalidad del proceso.

En su obra *Contradicción y Control de la Prueba legal y Libre*. Cabrera (1989), estableció, cito:

> El derecho a la defensa contemplado en el artículo 68 de la Constitución Nacional, se concretiza en materia de pruebas, en dos principios que le son inherentes, el de contradicción y el de control de la prueba. En consecuencia como la trasgresión de dichos principios causa indefensión a la parte perjudicada, el fallo que se dicte será casable cuando el proceso adolezca de esos vicios...

Existiendo para la época una Constitución que establecía (cito)

> Todos pueden utilizar los órganos de administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos en la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Era procedente asegurar que la etapa probatoria debe desenvolverse en aras propia de la defensa y el debido proceso.

Hoy en día luego de que el Estado venezolano, gestara un proceso constituyente, el debido proceso es aún más claro y enfático, al establecer el artículo 49 de la Constitución Nacional de la Republica Bolivariana de Venezuela lo siguiente:

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

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

Siendo ello así la prueba, bordeada de respeto y garantía para que las partes accedan a ella de forma idónea, se constituye en gran valor para el

proceso, por la máxima razón de que la misma aporta luces y camino para que el conocedor del derecho aplique la ley y logre mediante su decisión la justicia.

Cardozo (1978) en su obra *Prueba Judicial* establece:

> Ante todo la decisión del juez debe fundarse en una prueba plena, completa o perfecta, lo cual por contraposición de ideas, nos lleva a pensar en la existencia de pruebas que no tienen ese carácter es decir en pruebas incompletas e imperfectas las cuales han de tener un poder demostrativo inferior a aquéllas.... La prueba plena es reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia del hecho, en tanto que en lo primero sería la que, apreciada por el Juez de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, le dé convicción plena, completa o perfecta sobre la existencia o verdad del hecho sobre el cual se refiere. La prueba incompleta o imperfecta es aquella que no da convicción plena o completa al juez sino que establece como susceptible de ser verosímil el hecho o acto sobre el cual recae.

En todo caso no es suficiente que el juez base su decisión en un prueba plena o completa para que se pueda estimar como ajustada a derecho, es necesario que la prueba sea conducente o pertinente, ello lo imprime esa relación de causalidad entre el hecho que va a influir la decisión del juez y la prueba de ese hecho, es por consecuencia producto de la ley de causa y efecto, por ello la prueba y el hecho debe obtener una relación pues cuando se refiere a hechos que no tienen relación a los que se ventila en el proceso se dice que la prueba es inconducente o impertinente.

Como quiera que sea la prueba está destinada, a lograr que la verdad reluzca y triunfe frente a las contrapuestas intenciones de la parte demandante y la parte demandada, para ello es muy trascendente determinar qué se ha de probar, lo que es igual a ¿qué hechos deben ser probados?

La doctrina ha dejado claro que los hechos objeto de pruebas son los llamados hechos controvertidos, aquellos que son afirmados por uno y negados por otro, son esos hechos los que se deben probar, para determinar a quién asiste la razón. Carnelutti citado por Villasmil Briceño en su obra *Teoría de la Prueba*, señala:

> la regla en materia de prueba es la comprobación de los hechos llamados controvertidos, es decir aquellos que han sido afirmados por tan sólo una de

las partes, pero no admitidos por la otra, el juez..... Se encuentra ante la discusión de un hecho, es necesario proporcionarle el medio, o indicarle la vía para resolver la discusión.

El medio o la vía a proporcionarle o indicarle, se basa sólo en los hechos controvertidos, pues están dispensados de pruebas:

- Los hechos admitidos, aquellos que han sido reconocidos como ciertos en fundamento al principio de la economía procesal.
- Los hechos notorios, por formar parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social, su conocimiento es de tal intensidad que no se necesita con respecto a los mismos un acto especial dirigido al convencimiento del juez.
- Las Máximas de Experiencia, definidas por Couture como el conjunto de juicios fundados sobre lo que ocurre comúnmente y pueden formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio.
- Los hechos presumidos por la ley, por ser la proposición normativa acerca de la verdad de un hecho.

El autor Guerrero Q. (2005), señala que a la parte le corresponde probar sus afirmaciones. Lo que significa la prueba de los hechos afirmados, en cambio para el juez el objeto de la prueba lo constituye siempre los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones de las partes, se prueba entonces la veracidad de las afirmaciones que recaen sobre hechos.

El proceso por tanto está sumamente concatenado a una serie de actuaciones, que se entremezclan entre sí, se conectan y de las cuales el juez debe y tiene que estar atento para proseguir a esa última actuación que lo constituye la sentencia, de una manera audaz, coherente, y pertinente.

En el proceso, convergen las partes y el juez, cada uno de ellos en posiciones divergentes, pero a la final el criterio imperante ha de ser poder llegar a la verdad, y todo va a depender de lo que se alega, de lo que se expone como defensa, y de lo que se prueba, esto último está sumamente ligado a lo alegado y expuesto como defensa.

Las afirmaciones, esos alegatos que realiza el demandante en la demanda, y el demandado en la contestación, los cuales recaen sobre los

hechos que el legislador debe considerar conforme a lo alegado y probado en autos, a los fines de sentenciar mediante un juicio de valor emanado del conocimiento de la existencia o inexistencia de los hechos sobre los cuales recayeron las afirmaciones que se tienen por verdaderas.

Kielmanovich, señala que el objeto de la prueba serán los hechos jurídicos alegados como fundamento de la demanda, defensas y excepciones, vale decir los hechos o motivos principales, y los hechos simples o secundarios o motivos incluso no afirmados explícitamente aunque comprendidos genéricamente en los primeros, a partir de los cuales puede argumentarse la existencia de aquellos.

Siendo por tanto que en el proceso, serán objeto de pruebas los hechos y afirmaciones que guarden nexo de causalidad con las pretensiones del demandante, o con las excepciones del demandado. El mismo (proceso) por constituirse en un medio para la búsqueda de la verdad, no limita que en principio se encuentren a primera vista excluido de prueba los hechos no afirmados por las partes, aunque existe la probabilidad latente de que la actividad probatoria se extienda a la comprobación de alegaciones que de forma incidental o genérica fueron realizadas siempre que guarden estrecha relación con los hechos principales alegados, o también la oportunidad de probar hechos no alegados en principio, pero que se consideren de valiosa importancia para lograr la búsqueda de la verdad.

Esta premisa es de fundamental importancia para responder a la interrogante de, los hechos implícitos y su prueba.

Partiendo de que los hechos implícitos, son parte de los hechos subalternos, los cuales poseen una significación trascendental en un acontecimiento, se distinguen dos categorías siempre que sirvan para corroborar, o aclarar el tema a decidir:

1. El llamado necesario, considerado como antecedente para que pueda tener lugar un hecho, porque sin ese hecho no podría surgir el principal.
2. El implícito sobreentendido o implícito indiciario, el cual es un hecho accidental en relación a los principales, se convierte en antecedente, se puede demostrar sin haberlo alegado, no era necesario *per se* para que ocurriera el hecho principal, puede ser probado sin ser alegado, sale del mundo de la alegación.

En otras palabras, pueden ser objeto de pruebas, los hechos no alegados pero vinculados inmediatamente y directamente a la cuestión debatida. La concepción que acepta sólo lo afirmado como objeto de prueba tiene un enfoque parcializado de la cuestión, toda vez que centra el núcleo argumental en la actividad de las partes obviando la figura del juez. Es cierto que tanto actor como demandado intentarán probar el fundamento fáctico de sus afirmaciones, pero el magistrado tiene facultades suficientes para determinar la existencia y sustento de los hechos. Las facultades instructorias de los jueces existen con independencia de las afirmaciones de las partes con la única limitación del *thema decidendum*. Cuando las partes han determinado el alcance del litigio, queda a cargo del juez hacer lo necesario para el esclarecimiento de la cuestión planteada

Llegados a este punto se observa que la tesis que establece que sólo los afirmaciones se prueban ha quedado un tanto debilitada en su contenido; no alcanza para explicar todas las situaciones en que pueden aparecer como probados, hechos que nunca fueron afirmados y excluye la figura del juez que siempre será un heterocompositor ajeno a los justiciables y a sus alegaciones.

Partiendo de los hechos, los cuales han sido definido por Rosemberg como, todo lo que puede representar la conducta humana, los sucesos, los acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que son perceptibles inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo, lugar y el juicio, y calificación que de ellos se tenga. Y lo implícito que es definido como lo que se considera incluido en una cosa sin expresarlo. Puede presentarse en el proceso circunstancias o situaciones, que el juez puede determinar tanto de la demanda como de la contestación de la misma, en la cual el demandante y demandado no alegaron directamente determinados hechos, pero del análisis lógico y coherente del juez, se determina su existencia, por estar contenida en un alegato o hecho sin ser explanado de forma expresa o explicita.

¿Qué ocurre ante esta eventual circunstancia, si esos hechos que no han sido alegados expresamente, se perfilan como de gran importancia, bien sea para conformar, complementar, modificar o aclarar el *thema decidendum*?

No debe ocurrir otra cosa más que la expresa atención y determinación en esos hechos por parte del juez, quien está obligado a establecer y

fijar una decisión que satisfaga la pretensión, en base al derecho invocado, o determinado por él.

Ante tales hechos el juez debe guardar el mismo sigilo que se le exige para el tratamiento de una prueba de un hecho controvertido, es aquí en esta clase de hechos que aunque no alegados, se pueden probar, que el juez debe encarar, lo que sensorialmente percibe en base a lograr el esclarecimiento de la pretensión, y por tanto lograr con ello descentrabar la *litis*. El juez tiene con esta clase de hechos a probar una limitante gruesa, y ésa es precisamente que ese hecho que no siendo alegado, pero que se constituye en subalterno, que por tanto posee una significación trascendental en un acontecimiento, sea un hecho que deba tener una pertinencia de tal modo con el hecho primario, que ha sido debatido en el proceso, y respetando por tanto el *thema decidendum*, que son los límites o linderos que el juez debe procurar no sobrepasar, para lograr con ello una adecuación lógica, constitucional y jurídica.

Ante la percepción de hechos implícitos y su posterior prueba, el juez va a contar con el desarrollo del poder probatorio en aras de establecer la verdad.

En consonancia con ello, el Código de Procedimiento Civil venezolano, le concede al juez iniciativas probatorias. Tanto el proyectista como el legislador acogiéndose a las tendencias procesalistas modernas, involucran al juez en el proceso civil, superando su postura de espectador, estableciéndose que él mismo pasa a ser director y garante de los derechos de las partes, y de una administración de justicia imparcial, transparente y justa, atribuyéndole por tanto facultades probatorias, como expresa Rosich Saccani.

Ello le permite aportar pruebas en el proceso, en determinados supuestos para la búsqueda de la verdad. Teniendo una finalidad determinada bien sea la de aclarar los hechos, despejar las dudas, o ilustrar su conocimiento o criterio.-

Rodríguez Urraca, señala que el nuevo modelo de Juez director, busca que el mismo evite que los litigantes le proporcione la verdad solo hasta donde ellos les conviene, y que las alegaciones y excepciones se conviertan en emboscada para el contrario.

En este mismo orden de ideas, el juez en base al Código de Procedimiento Civil, esta concebido para dirigir el proceso (artículo 14), preser-

var su validez (artículo 206) y participa en la postulación de la verdad de las actas procesales, ordenando ciertas pruebas para la búsqueda de la verdad (artículo 12), en esta medida podrá dictarse una sentencia justa, no artificial, no fundada en un simulacro o desconocimiento de los hechos, partiendo de la concepción de un juez que no es un ser inmóvil dedicado sólo a observar sin actuar.-

La tarea final del magistrado al dictar su sentencia responde a la subsunción de una situación o proposición fáctica en el tipo legal de una norma jurídica. Como enseña Calamandrei, el hecho cuya certeza se ha establecido no es un juicio sobre la simple existencia de ese hecho sino sobre sus caracteres jurídicos.

Es la prueba a aplicar a los hechos implícitos, una prueba que está de cierto modo conectada a la prueba indiciaria, la cual se construye sobre la base de una inferencia lógica, donde determinados hechos indirectos que se dan por probados se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso en ciernes, Así, aunque es considerada una prueba indirecta de los hechos centrales a probarse en un proceso, no por eso carece de fuerza probatoria capaz de sustentar una sentencia.

Apunta **Paz Rubio**: «No todo hecho puede ser relevante. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. Por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente llamada circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum* y *stare*, implica estar alrededor y esto supone ónticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella».

Ahora bien Nieves, señala:

> Existe una importante relación entre lo que es prueba y lo que es indicio, al punto tal, que muchos autores afirman que un sistema como el nuestro se fundamenta en indicios, es decir es un proceso indiciario. Así podemos decir que el indicio es un elemento de prueba o una prueba fragmentada, hay quienes la llaman semi prueba. El indicio viene a ser como medio idóneo para justificar una valoración sobre la probabilidad de la comisión de un hecho o de un comportamiento del hombre, por este motivo de que un indicio constituye una probabilidad es que se afirma que un sólo indicio no nos conduce a una certeza del hecho a probar, es necesario que haya pluralidad de indicios, de ahí que los autores hagan la distinción de lo que son indicios

> graves, precisos y concordantes; es grave aquél indicio que contiene una gran capacidad para la demostración de ese hecho, es preciso si el mismo nos conduce de una manera inequívoca al hecho que deseamos probar y decimos que son indicios concordantes cuando entre ellos hay armonía demostrativa del hecho a probar.

Quien aquí dilucida, considera dos posiciones a tener en cuenta respecto a los hechos implícitos, y su posterior prueba, una de ellas, es que una de las partes puede percibirlos, y conforme a lo que perciba y busque lograr la percepción del juez, decida probarlos, respecto a ello Cabrera (1989) en su obra *Contradicción y Control de la Prueba Libre*, tomo I, expone:

> Supongamos que el objeto de la prueba es un hecho contenido en una cosa, una persona, o en un lugar, los cuales no aparecen mencionados en autos, aunque su reconocimiento o reproducción sería pertinente porque podrían aportar hechos indiciarios u otros relacionados indirectamente con la causa. La simple proposición de prueba sobre estas cosas, a fin de dejar constancia de unos hechos contenidos en ella, podría resultar manifiestamente impertinente –a pesar que no lo es– porque en principio no aparece relación alguna entre esa cosa a reconocerse o reproducirse, y los hechos litigiosos, y por lo tanto no existe conexión entre el medio anunciado sobre ella y los hechos discutidos. Para que esa probanza pueda ser admitida como pertinente, es necesario indicar cuál es el eslabón que une la cosa o la persona objeto del examen con los hechos litigiosos, para que el medio al cubrir esas cosas o personas pueda traer un hecho pertinente. Estamos ante una situación casuística.

En el caso anterior las partes pueden interponer la promoción de pruebas tendentes a probar esos hechos indiciarios u otros relacionados indirectamente con la causa, como lo señala el doctrinario, deberá en todo caso ser coherentes con su intención o lo que es lo mismo deben señalar que existe una relación casuística, una unión, una pertinencia. Los medios de prueba a disposición serán los legalmente establecidos, así como cualquier prueba libre, siempre que no contraríen lógicamente lo establecido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil.

La segunda posición, consideramos, se encuentra en manos del juez, el mismo como conocedor del derecho, llamado a dirigir el proceso, a utilizarlo de forma efectiva para proceder a dictar la sentencia, tiene en sus manos un poder probatorio que lo lleva a deslastrarse de la concepción de un juez inmóvil. Ante esta premisa el operador de justicia, tiene

no el derecho, sino el deber, de administrar justicia, lo cual hará a través de la búsqueda de la verdad, como norte principal –principio de veracidad– que se obtendrá del material probatorio bien sea aportado por las partes, o encontrado oficiosamente por él, para, de esa manera, garantizar la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela. Pues el fin del proceso no es resolverle al particular su problema y mucho menos en la forma favorable que pretende sino que por el contrario, hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, la moral, los principios generales del derecho, la equidad y la realidad de los hechos.

En sintonía con ello, Bello (2005), señala, que las partes pueden ser dueñas del proceso, incluso de las pruebas, pero no de la verdad y de la justicia, lo cual escapa del ámbito privado de las partes para insertarse en el interés público del Estado.

Así pues esos llamados poderes probatorios del juez de forma oficiosa lo encontramos en los artículos 401 el cual faculta al juez concluido el lapso probatorio, para ordenar de oficio, comparecer a los litigantes para interrogatorio sin juramento, exigir la presentación del algún documento, o de algún testigo, practicar una inspección judicial, o experticia, todo ello sobre puntos que él determine; el artículo 514 *ejusdem* faculta al juez, a dictar auto para mejor proveer después de presentados los informes en un lapso perentorio de quince (15) días. En el cual podrá de la misma forma, hacer comparecer a los litigantes para interrogatorio, exigir la presentación del algún documento, practicar una inspección judicial, o experticia, todo ello sobre puntos que el tribunal determine.

Hay un punto consecuente entre ambas actuaciones del juez, que se desarrollan en momentos diferentes, y es que sobre estos autos, no cabe recurso de apelación alguno, ello es coherente si suponemos que lo que busca el juez, en todo caso es aclarar el *thema decidendum*, lo cual permitirá una sentencia próbida. En cualquiera de los casos el control que las partes pueden realizar sobre dichas pruebas corresponde a la actitud diligente que desplieguen en el proceso pues se consideran a derecho, teniendo igualmente la oportunidad de realizar observaciones sobre las mismas bien en la etapa de informes si lo que se extendió fue un auto para mejor reglamentar, o una observación en el entendido de la palabra sobre las actuaciones practicadas si obedece a un auto para mejor proveer. En todo

caso el juez para probar mediante estos dos autos está sometido al sistema de prueba legal, pues no le permite realizar otras diligencias más que las establecidas en los numerales de los artículos señalados.

En este sentido Cabrera (1989), señala:

> las diligencias no buscan aclarar las alegaciones, sino aclarar hechos que al ser transferidos al proceso, no permite aún abonar con precisión la exactitud de las afirmaciones de los litigantes, por lo que su función es complementar el conocimiento de los hechos.

Con ello a nuestro entender y en sujeción a lo expresado por el autor patrio, el juez complementará con dichas actuaciones el conocimiento de hechos que aparecen reflejados en el expediente, y por el deber que tiene de aplicar la economía y celeridad procesal debe ser sobre hechos que no han quedado lo suficientemente definidos, hechos que se encuentren tácitos, supuestos, incluidos y contenidos, para los cuales las pruebas aportadas por las partes no los han definido de tal modo que ayuden al juez a despejar el camino a la sentencia.

Sobre los hechos implícitos y la prueba que de ellos se promuevan y evacuen, el juez está llamado a aplicar un análisis sigiloso y profundo, deberá valorar, ineludiblemente, las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, del criterio racional o del criterio humano; es decir, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la psicología, de la sociología y de la experiencia. En la valoración, los resultados probatorios no pueden prescindirse de las máximas de experiencia, para que los mismos le ayuden de forma efectiva a desentrabar la *litis*, debe existir conexión lógica entre los hechos controvertidos y los implícitos, deben estos últimos ser de gran utilidad para poder constituir la premisa menor del silogismo judicial, a través del cual se construirá la sentencia judicial, ello ha de ser así para que el juez no caiga en incongruencia al momento de dictar la sentencia, para ello el punto clave es concatenar efectivamente los hechos controvertidos con los hechos implícitos, resaltar la relación de conectividad, de causalidad.

En un Estado, como el venezolano, donde se establece que el mismo ha de ser de derecho, de justicia y de igualdad, se hace necesario que el proceso se desenvuelva de forma próbida, que las partes participen con lealtad, y que el juez sea no ya un ser inmóvil, e inerte, sino una parte

activa, y ágil. Todo lo que no esté expresamente determinado por la norma como contrario a derecho, se podrá realizar en el proceso, siempre y cuando la finalidad de las actuaciones sea precisamente enaltecer el Estado social de derecho, lograr el respeto al ordenamiento jurídico, alcanzar que la verdad reluzca, y la justicia triunfe.-

Biblografía

BELLO, T. (2005). *Tratado de Derecho Probatorio.* Caracas-Venezuela: Editorial Livrosca.

CABRERA, R. (1989). *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre.* Tomo I. Caracas: Editorial Jurídica Alva.

CARDOSO, I. (1978). *Pruebas Judiciales.* Bogotá-Colombia: Editorial A.B.C.

CARNELUTTI, F. (1982). *La Prueba Civil.* Buenos Aires-Argentina: Ediciones De Palma.

Código de Procedimiento Civil Venezolano.

CUENCA, H. (1998). *Derecho Procesal Civil.* Tomo II. Caracas: Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela.

FORNACIARI, Mario Alberto. *Reflexiones acerca del objeto de la Prueba en el Proceso Civil.* www.salvador.edu.ar/ua1-for1.htm

GUERRERO, G. (2005). *Objeto de la Prueba Judicial.* Caracas-Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia.

NIEVES CAPACE, Franklin Eduardo. *Valoración de la Prueba en el Sistema Penal Venezolano de acuerdo a la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.* www.monografias.com

ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. *Construcción de la teoría de la prueba indiciaria.* www.google.co.ve

RIVERA, M. (2004) *Las pruebas en el derecho venezolano.* San Cristóbal, Barquisimeto: Editorial Jurídica Santana.

Impreso en Venezuela por MIGUEL ÁNGEL GARCÍA E HIJO, S.R.L.
Sur 15 • Nº 107 • El Conde • Telf.: 576.13.62 - Caracas



República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Escuela Nacional de la Magistratura

