

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

En el capítulo que a continuación se presenta, se procederá a exponer en primer lugar lo que diversos autores e investigadores han aportado relacionado al tema objeto de estudio, posteriormente se explicarán las bases teóricas y legales, a saber de Perdomo (2007, p.42) “ese conjunto de conocimientos que le sirven de sustento o fundamentación”, y que representará el cimiento o soporte para llegar a los resultados del proceso investigativo, así también se definirá la categoría nominal, conceptual y operacionalmente.

1. Antecedentes de la Investigación

En este capítulo se detallarán, en primer lugar, los antecedentes que han servido para fundamentar el camino de la investigación. Según Perdomo (2007, p.45) los antecedentes son “ese conjunto de conocimientos que le sirven de sustento o fundamentación, y que representará el cimiento o soporte para llegar a los resultados del proceso investigativo”. En virtud de ello, a continuación, se presenta de forma breve un compilado de estudios previos que orientan el objeto de estudio.

Como antecedentes de la presente investigación destaca en primer lugar el trabajo aportado por destaca la investigación efectuada por Fernández

Vásquez (2005) titulado *Aplicabilidad en Venezuela de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba*, realizado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello, en la ciudad de Caracas, Venezuela. En la misma, el autor aborda generalmente la distribución de cargas procesales de las partes, delimitando especialmente la noción de carga probatoria y analizando su distribución histórica.

De igual forma, estudia la viabilidad de aplicación de la referida tesis en materia de Derecho Procesal General, realizando un análisis pormenorizado de la legislación en materia Civil y Procesal del Trabajo. Dicho trabajo de investigación se basó en los criterios sostenidos por autores como Goldschmidt (1961), Chiovenda (1981), Rosenberg (2002) y Peyrano (1993) con el objeto de abordar la evolución de las teorías de la distribución de las cargas probatorias en el pasado con una visión hacia el futuro.

En tal sentido, el mencionado autor llega a la conclusión de que las reglas de distribución de la carga de la prueba rigen siempre y cuando, del acervo probatorio no se hayan extraído elementos de convicción suficientes para que el juez falle en favor de alguna de las partes, evitando la absolución de la instancia, así, las teorías clásicas destinadas a delimitar la mencionada distribución se presentan sumamente rígidas, ante lo cual se hace necesario aplicar de manera complementaria las cargas probatorias dinámicas, debiendo probar quien esté en mejores condiciones para hacerlo, independientemente del carácter con el que actúe en el juicio, bien como actor o demandado.

Bajo este orden de ideas, señala el autor que el carácter dinámico de la carga de la prueba estriba en la posibilidad de que, según fueren las circunstancias del caso, puedan desplazarse de una a otra parte, en aras de servir mejor a la justicia del caso llevado a los estrados judiciales.

El referido trabajo de grado ha resultado de suma importancia a la investigación, toda vez que por lo poco abordado del tema estudiado, así como la escasa normativa dictada en la referida materia, aunado a lo similar de los procedimientos civiles y mercantiles, podría ser efectuado un análisis de tipo analógico adaptado a la realidad práctica con el objeto de determinar la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia mercantil, específicamente en materia de contratación bancaria.

Peralta (2008), titulado: Aspectos Relevantes de la Carga de la prueba en el Proceso Laboral Venezolano, trabajo de grado para optar al título de Magister Scientiarum en Derecho Laboral y Administración del Trabajo, mención Derecho del Trabajo. En la misma, la referida autora se plantea como objetivos principales, el Indicar cómo se distribuye la carga de la prueba en el proceso laboral Venezolano; señalar la tesis o doctrina que acoge el legislador laboral venezolano en lo atinente a la carga de la prueba; y determinar si el principio dispositivo propio del proceso civil influye sobre la distribución de la carga de la prueba en el proceso laboral venezolano.

En este orden de ideas, en el referido trabajo de investigación, a los fines de desarrollar dicho tópico se utilizaron autores como Devis (1981), Bello (2002), Guasp (1946) y Carnelutti (1936); utilizando un tipo de investigación documental, descriptiva, con un diseño bibliográfico y bajo un análisis de información documental.

En tal sentido, dicha investigación aborda como conceptos fundamentales la definición de cargas procesales, cargas probatorias y la evolución de la distribución de las cargas probatorias, concluyendo que en principio corresponderá al trabajador la carga de la prueba de aquellos hechos afirmados por este, los cuales configuran la demanda y son el presupuesto

de la norma contentiva de lo peticionado; y a la parte demandada le corresponde la carga de probar aquellos hechos nuevos que han sido traídos al proceso, como consecuencia de la contradicción de los hechos afirmados por el demandante, en la contestación de demanda, a menos que exista alguna disposición legal que señale lo contrario

Asimismo, concluye la autora que la carga de la prueba debe recaer en aquella parte que normalmente tiene la posibilidad material de proporcionarla; sin necesidad de adoptar tesis de la carga dinámica de la prueba, ya que, a su criterio, no tiene un desarrollo lo suficientemente acabado en otros países y es inconveniente en dicho momento histórico para Venezuela.

Así las cosas, el señalado trabajo de grado acoge la doctrina según la cual corresponde a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho de la norma jurídica que le es más favorable, sin embargo, le otorga al patrono la carga de probar la inexistencia de la relación laboral, ya que ésta siempre será presumida por parte del legislador en favor a los trabajadores, determinando en consecuencia que el régimen de distribución de la carga de la prueba en materia laboral es distinto al del proceso civil regido por los artículos 1354 del Código civil y 506 del Código de Procedimiento Civil.

Dicho aporte se presenta de relevancia para el presente trabajo de investigación en virtud de que se puede contrastar el régimen probatorio laboral con el mercantil, efectuando un análisis crítico de la práctica procesal, en aras de determinar si resultaría aplicable la carga probatoria dinámica en materia Mercantil.

Por otro lado, el artículo publicado tras la Ponencia realizada por Guanipa (2011) en las III Jornadas Aníbal Dominici, titulado: La Carga de la Prueba: Prospectiva sobre la reforma del Código de Procedimiento Civil Venezolano, resulta un antecedente de suma importancia, ya que analiza la distribución de la carga probatoria, realizando un estudio sobre una futura reforma del Código de Procedimiento Civil en relación a la implementación de la carga dinámica de la prueba en materia Civil.

Para el desarrollo de la referida investigación, el autor se fundamentó en criterios tradicionales de distribución de la carga probatoria establecidos por autores como Rosemberg (1956), Micheli (1961), Devis (1993) para luego delimitar lo señalado por Peyrano (2004) en cuanto a la definición de la carga dinámica de la prueba y las características propias de ésta.

En dicha ponencia, el autor concluye que las cargas probatorias dinámicas se fundamentan en la concepción del proceso como instrumento de justicia, y en el deber de colaboración de las partes con el juez para el descubrimiento de la verdad y son perfectamente aplicables como reglas excepcionales a la del onus probandi.

De igual forma señala el referido autor, que la carga dinámica de la prueba la puede aplicar el juez siempre y cuando: no hayan pruebas concluyentes para resolver el fondo de la controversia; que a la parte a quien le correspondía la carga de la prueba no tenía acceso o se encontraba en la imposibilidad de aportar dichos medios probatorios a la causa; y que la parte contraria se encontraba en la posibilidad de aportar dichos medios probatorios y en cambio no lo hizo.

El aporte contenido en dicho artículo representa un antecedente de vital importancia para el desarrollo de la presente investigación, ya que el autor

aborda y propone unos requisitos de procedencia para que la carga solidaria probatoria sea aplicable en materia Civil, en aras de una posible reforma del Código de Procedimiento Civil; permitiendo un análisis de tipo comparativo entre la normativa vigente en materia Mercantil a objeto de determinar si la carga probatoria dinámica puede ser aplicada de manera directa, o bien requiere del cumplimiento de ciertas condiciones para su procedencia y aplicación por parte del juez.

Otro antecedente relevante al momento de desarrollar la presente investigación lo constituye el artículo científico presentado por Hurtado (2013) denominado Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad Probatoria en Chile. La señalada investigación examina desde distintas perspectivas la carga de la prueba y las repercusiones de la facilidad probatoria en la responsabilidad civil, abordándolo desde la perspectiva del razonamiento jurídico.

En tal sentido, el autor analiza el artículo 1698 del Código Civil Chileno, planteando en tal artículo científico como objetivo principal, determinar si esa distribución de la carga consagrada en dicho artículo puede ser entendida como una norma derrotable o no; es decir, que la regla pueda dejar de ser aplicada en sus propios términos en casos extraordinarios, indeterminables a priori.

Para desarrollar este tema utilizó el marco conceptual aportado por Frederick Schauer, quien entiende las reglas jurídicas como generalizaciones que tras de sí, tienen justificaciones de primer (corresponde probar determinado hecho no a quien perjudica, sino a quien le beneficia probarlo) y segundo orden (la parte a quien favorece probar se encuentra más

incentivado en reunir, conservar y presentar diligentemente al tribunal la evidencia sobre la existencia de la obligación que reclama).

Seguidamente, el autor define La “facilidad probatoria” como una facultad del juzgador para invertir en el juicio la carga de la prueba. El razonamiento para ejercer esa potestad es que una de las partes tiene un especial cercanía, disponibilidad o está en mejores condiciones para probar un determinado hecho, en contraste con la otra parte que, si bien tiene la carga según las reglas generales, está imposibilitada, o le es en exceso difícil, probar ese mismo hecho

Esta investigación concluyó que la doctrina de distribución de la carga de la prueba en relación a los hechos impositivos y modificativos, es un caso de derrotabilidad infraincluyente, ya que el caso cumple el propósito de la regla, pero no cae dentro de la generalización de la norma, ya que omite si el cargado dispone de la prueba en sus manos. A diferencia de la facilidad probatoria, que cae dentro de la extensión lingüística de la regla pero no cumple su propósito, por lo que no debe ser aplicada.

De igual forma, el autor señala que el mejor criterio de distribución de la carga probatoria es la atinente al beneficio, esto es, que le corresponde la carga de probar a quien le favorezca traer al proceso dichos medios probatorios.

El aporte a esta investigación viene dado por el análisis de la distribución de la carga probatoria que hace el autor, atendiendo al cumplimiento del propósito de los preceptos legales; lo que permitirá comparar la posición del autor para determinar si la distribución de las cargas probatorias actuales cumple con el propósito o espíritu de la norma

Por último, como antecedente aplicado a los fines de llevar a cabo la presente investigación, destaca igualmente el artículo publicado en la revista peruana *Derecho y Cambio Social*, realizado por Donaires (2014) denominado: *Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas*. En la misma, el autor señala que las cargas probatorias dinámicas, trasladan la verificación de los hechos en razón de la situación favorable en la cual se encuentra la parte para demostrar la realidad de los hechos alegados en el proceso, por cuanto dispone de los medios y argumentos que resultan aptos para acreditarlos.

Es decir, se trata de hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o de hecho para producirla. Todo ello en pos de la búsqueda de la verdad. Asimismo, concluye que el concepto de carga probatoria implica dinamismo, y que la doctrina de la carga dinámica de la prueba ha ganado reconocimiento en la legislación procesal comparada, como consecuencia de la jurisprudencia comparada dictada, innovación acogida en países como Colombia y Chile, donde la legislación procesal ha incorporado esta tesis.

De igual manera, agrega el referido autor que en el caso peruano, la aplicación de la doctrina de la carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de dicho país es notoria y plausible; por lo que es posible aplicar esta doctrina, conforme al artículo 282 del Código Procesal Civil Peruano, relativo a la presunción y conducta procesal de las partes.

La importancia de este artículo viene dada por lo reciente y novedoso de la publicación, aunado a la posibilidad de facilitar un análisis comparado entre el Derecho Procesal Peruano y el Venezolano respecto a la distribución de la carga de la prueba y sus supuestos de procedencia; de igual forma, el

artículo publicado por el autor guarda estrecha relación con el objeto de la presente investigación.

2. Bases Teóricas

2.1. Imperativos Jurídicos: Deber, Obligación y Carga de realizar actos procesales

Antes de proceder a delinear conceptualmente la noción de carga de la prueba, resulta necesario analizar el concepto de carga procesal, y luego distinguirlo de otros imperativos jurídicos como los deberes y obligaciones procesales.

En primer lugar, es menester traer a colación el criterio de Couture (2007, p.198), quien distingue estos tres imperativos jurídicos asumiendo como criterio de diferenciación el de la identidad del sujeto en cuyo interés han sido establecidos. Así, asevera el referido autor que los deberes procesales son aquellos que han sido instituidos en interés de la comunidad; mientras que las obligaciones procesales se conciben en interés de un acreedor y, por último, las cargas procesales, se han determinado en razón de un propio interés.

No obstante, a objeto de establecer claramente los rasgos que permiten distinguir las nociones de deber y obligación procesal de las cargas procesales, y en particular, del concepto de carga de la prueba, se procederá de seguidas a conceptualizar en forma sucinta cada una de estas nociones.

2.1.1. Deberes Procesales

De acuerdo a Couture (2007, p.199), son deberes procesales aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad.

Estos deberes pueden estar referidos a las partes mismas, como son los deberes de decir la verdad, de actuar con lealtad y probidad en el proceso o el deber de abstenerse de emplear en sus diligencias y escritos conceptos indecentes o injuriosos, entre otros. En el ordenamiento jurídico patrio, el Capítulo III, Título III del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil establece un breve catálogo de deberes que el legislador impone a las partes intervinientes en un proceso, a excepción de lo previsto en el artículo 174 del referido cuerpo normativo, pues, dicha disposición estatuye una carga procesal y no un deber.

Estos deberes también pueden estar referidos a terceros, como es el caso del deber de declarar como testigo so pena de ser sancionado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil o los deberes que se le imponen a los peritos de realizar su experticia a la brevedad posible luego de haber aceptado el cargo. Incluso, en otras ocasiones, estos deberes recaerán sobre los jueces y demás funcionarios judiciales, como por ejemplo aquellos deberes administrativos que deben cumplir diariamente dichos funcionarios de acuerdo a la legislación que rige la actividad del poder judicial.

La diferencia fundamental entre estos deberes procesales y las obligaciones y cargas, radica en que en el caso de los primeros, si bien el sujeto no puede ser constreñido a dar cumplimiento a estos de manera forzosa, su efectividad se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sea de carácter físico o personal, pecuniario o funcional, como formas de

coacción moral o intimidación, no existiendo por tanto, forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes, a diferencia de las obligaciones derivadas del proceso, cuyo cumplimiento puede ser exigido coactivamente, como se verá de seguidas, y de las cargas procesales, en las que no existe esa posibilidad de conminar al sujeto a ejecutar la conducta ni de imponer al mismo una sanción pecuniaria derivada de su incumplimiento.

2.1.2. Obligaciones Procesales

Para Couture (2007, p.200), estas son definidas como aquellas prestaciones impuestas a las partes con ocasión al proceso. Si bien parte de la doctrina ha negado la existencia de ésta clase de obligaciones, existen sectores que afirman que no puede dejarse de lado la constante experiencia forense que pone en evidencia la existencia de imperativos de esta índole.

En Venezuela, el caso más común de obligaciones surgidas con ocasión del proceso es el caso de la condenatoria en costas, contemplada en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, según la cual, el Tribunal, en su Sentencia definitiva deberá ordenar a la parte que resulte totalmente vencida en un proceso que resarza a su contraparte los gastos en que hubiere incurrido con ocasión del juicio.

De igual forma, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se generaban, producto del proceso, obligaciones cuyo acreedor era el Estado, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Arancel Judicial. Esta referencia se realiza únicamente a los fines de poner de manifiesto la existencia de obligaciones originadas producto del proceso, pues dicho cuerpo normativo ha sido derogado, casi en su totalidad, por la Carta Magna actual que establece la gratuidad de la justicia y la imposibilidad de que el

Estado perciba contraprestación alguna por brindar a los ciudadanos el servicio público de la administración de justicia.

2.1.3. Carga Procesal

Para Couture (2007, p.200), la carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, establecida en interés propio del sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.

Argumenta el referido autor que, vista de esta manera, la carga es un imperativo del propio interés, pues el sujeto sobre el cual esta gravita se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; siendo su propio interés quien le conduce hacia él. La carga se configura como una amenaza, como una situación embarazosa que grava el derecho del titular, de la cual puede desembarazarse cumpliendo la conducta prevista.

Sin embargo, antes de proceder a reseñar las distintas definiciones que han sido elaboradas por la doctrina en relación a la carga procesal, resulta forzoso analizar el origen de esta institución, para lo cual se debe recurrir a las teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso.

Como bien es sabido, en un principio predominaron las denominadas teorías privatistas, según las cuales la naturaleza jurídica del proceso era la de un contrato o un cuasi-contrato. A juicio de Borthwick (2001, p.194), estas teorías, inspiradas en la institución romana de la *litis contestatio*, fueron desarrolladas en Francia en los Siglos XVIII y XIX y veían en el proceso un acuerdo de voluntades según el cual ambas partes convenían en que el Juez resolviera la controversia surgida entre ellos (tesis contractualista) o un

hecho generador de obligaciones que se asemeja a los contratos sin llegar a ser tal (tesis cuasi-contractualista).

No obstante, en la actualidad dichas tesis han sido duramente criticadas por la doctrina en virtud del carácter coactivo del proceso que difiera en gran medida de “un acuerdo de voluntades” por lo que se dio paso a la denominada teoría de la relación jurídica propugnada por el jurista alemán Oskar Von Bülow de acuerdo a la cual las partes intervinientes en el proceso y el Juez establecen nexos y ligámenes de carácter jurídico que los vinculan a todos entre sí, pues la Ley atribuye derechos e impone deberes a cada uno de estos sujetos y origina, en consecuencia, una relación jurídica pública, autónoma y compleja Borthwick (2001, p.198).

Esta teoría contribuyó enormemente al desarrollo de la ciencia procesal en lo atinente a este punto y dejó atrás las teorías clásicas ya desfasadas. Sin embargo, como reacción a ella surgió la teoría de la situación jurídica, sobre la cual se enfoca este particular, pues a ella se debe la concepción del término “carga procesal”, dejando de lado el resto de las teorías que conciben al proceso como una institución, un complejo de relaciones jurídicas o una entidad jurídica compleja, por no constituir este punto, el tema central de la presente investigación.

Dicho lo anterior, se observa que el célebre jurista James Goldschmidt, creador de esta teoría, inspirado por los hechos nefastos de la Segunda Guerra Mundial señaló que así como “en tiempos de paz” el derecho es “estático e intocable” y en “tiempos de guerra” este queda afectado por la lucha y reducido a un conjunto de posibilidades, cargas y expectativas, lo mismo ocurre en el proceso, pues luego de la demanda ocurre un “estado de incertidumbre” que ocasiona por negligencia de las partes se puedan reconocer derechos que, en definitiva, no existen.

De esta manera, continúa razonando el referido autor, la Ley consagra dos clases de “imperativos jurídicos” de cuyo cumplimiento dependerá, en mayor o menor medida, la suerte del proceso. Pero, cuando las partes se enfrentan en un proceso, no puede hablarse propiamente de derechos, sino de “posibilidades” de que estos sean reconocidos en la Sentencia, “expectativas” de obtener tal reconocimiento y “cargas”, es decir, “imperativos o impulsos del propio interés para cumplir actos procesales”. Couture (2007, p.201)

Se observa de esta manera como desde Goldschmidt, citado por Couture (2007, p.201) se maneja en el Derecho Procesal el término de “carga procesal” como imperativo que conmina al sujeto a realizar un acto en su propio interés. No obstante, a objeto de profundizar en el tema se procederá a traer a colación una serie de definiciones sobre el término que han sido aportadas por la doctrina contemporánea.

En este sentido, conforme a Micheli (1961, p. 50) existe carga cuando

“un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; pero por otro lado el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca y por consiguiente en sentido contrario al previsto por la norma”.

En la obligación en cambio, se debe cumplir el acto y se puede obtener coercitivamente o se aplica en sustitución una sanción, como la de pagar perjuicio o multa. Carnelutti (el cual sigue el sistema de derecho procesal civil) fija su atención en quien detenta la titularidad del interés que existe, distingue las nociones de acto necesario y acto debido. El primero -aplicado a la Carga- es un acto jurídico que debe ejecutarse si se quiere obtener

cierta finalidad en interés propio; el segundo – aplicado a la obligación– es un acto jurídico que el derecho objetivo exige que se cumpla para tutelar un interés ajeno.

Finalmente, Couture (2007, p. 201) insiste en la situación de absoluta libertad en la que se encuentra el sujeto de la carga y la ausencia de un derecho correlativo en otro, la califica como “un imperativo del propio interés”; no puede haber coacción física, ni imposición de daños y perjuicios, ni privación de libertad en casi de inobservancia.

2.1.4. Diferencias

En primer lugar se analiza el concepto de carga como noción opuesta a la obligación y en tal sentido Couture afirma que la diferencia sustancial radica en que mientras la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), en la carga en vínculo está impuesto por un interés propio. Así, la oposición entre obligación y carga no reside pues, en la sujeción de la voluntad, que es un elemento común a ambos fenómenos. Reside en las consecuencias derivadas de la omisión Couture (2007, p.199).

Por otra parte, el autor colombiano Hernando Devis Echandía, siguiendo las enseñanzas de Micheli resume las diferencias entre las nociones de carga, obligación y deber en siete apartados que ponen de manifiesto los contrastes de índole conceptual existentes entre las nociones en estudio. Devis, (1993, p.420).

En primer lugar, afirma el precitado autor que la carga es una relación jurídica activa, a diferencia de la obligación y el deber que son relaciones jurídicas pasivas. En efecto, la primera se caracteriza fundamentalmente por la posibilidad que tiene el sujeto de ejecutar libremente el acto objeto de ella

para su propio beneficio, conforme a la norma que la consagra; lo que permite asimilarla, en cierta forma, con las nociones de derecho subjetivo y potestad; mientras que las últimas son consideradas como relaciones jurídicas pasivas.

En la carga no existe vínculo jurídico alguno entre el sujeto pasivo y otra persona, pues el primero se encuentra facultado para elegir a su prudente arbitrio si ajusta o no su conducta al patrón estipulado por la norma, no obstante que la inobservancia del precepto puede acarrearle consecuencias desfavorables; lo que permite afirmar que la inobservancia de una carga es perfectamente lícita, a diferencia de lo que ocurre en la obligación y el deber donde existe un vínculo jurídico que une al sujeto pasivo con otro sujeto; que puede tratarse de una persona natural, jurídica o hasta el propio Estado, quien puede exigirle el cumplimiento del acto al cual se ha comprometido incluso de manera coactiva, pues su incumplimiento implica una conducta ilícita, sancionada por la Ley.

En la carga, el sujeto conserva la plena y absoluta libertad de escoger si su modo de proceder se ajusta o no a la norma, pues ninguna persona, ni siquiera el Juez en las cargas procesales, puede exigirle su cumplimiento ni obligarlo coactivamente a ello; por el contrario en la obligación y el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, ya que si bien este puede optar por no obedecer la norma, su cumplimiento puede serle exigido mediante coacción y sanciones jurídicas que se traducen en la condena de indemnizar los perjuicios causados por su actitud.

En la carga no se evidencia un sujeto facultado para exigir su cumplimiento, lo que si ocurre en la obligación y el deber. En consecuencia, asevera dicho autor que siempre que exista un mecanismo legal para exigir coercitivamente

al sujeto a obedecer el mandato de la norma se estará en presencia de una obligación o de un deber y no de una carga.

La carga implica siempre una facultad o poder conferido a sujeto por una norma de naturaleza permisiva; es decir que este podrá ejecutar el acto si así lo desea, más no implica una orden ni da lugar a que un Juez la imparta, mientras que la obligación y el deber implican necesariamente una sujeción al precepto de la norma. Por ejemplo, la presentación de la demanda, constituye una carga para el sujeto que se afirme titular de un derecho y requiera de su tutela jurídica por parte de los órganos del Estado, pues en caso de que opte por tolerar pasivamente el incumplimiento del deudor, no existe disposición alguna que lo constriña a acudir al órgano jurisdiccional respectivo a los efectos de postular su pretensión.

Por otra parte, las cargas se refieren siempre a la ejecución de conductas positivas, es decir a la práctica de actos y no a la prohibición de ejecutarlos, mientras que las obligaciones o deberes pueden tener por objeto conductas tanto positivas como negativas.

Así, Devis (1993, p. 417) expone que la observancia de la carga beneficia únicamente al sujeto de ella, mientras que el cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad; por lo que afirma que aquella satisface un interés propio y estos un interés ajeno, dejando a salvo el interés propio que pueda tener el sujeto de liberarse de la obligación o el deber, y en cierta forma, adquirir nuevamente, su libertad absoluta. Por último, Bello (2008), si bien otorga el mismo tratamiento a las nociones de deber y obligación, establece seis criterios de diferenciación entre los conceptos de carga y obligación procesal.

No obstante lo anteriormente señalado, si bien la gran mayoría de criterios de distinción estipulados por los autores citados en líneas anteriores ha sido acogido por la doctrina, no se puede olvidar que la noción de carga procesal fue diseñada por Goldschmidt como parte la teoría que contemplaba al proceso como una situación jurídica y por ende rechazaba la existencia de “relaciones jurídicas” originadas con ocasión al proceso, en consecuencia se considera poco acertado el criterio según el cual se analiza si la carga es una relación activa o pasiva, pues como se ha dicho anteriormente, de acuerdo a la teoría que acuñó precisamente el concepto de la carga, en el proceso no existen relaciones jurídicas como tal.

2.2. La Carga de la Prueba

Al hablar de la carga de la prueba se busca dar respuesta a la interrogante “¿Quién prueba?”. Sobre este particular, se debe tratar de dilucidar cuál de las verdades expuestas por las partes en el proceso es la real y cuál la falsa, por esta razón las partes tienen la carga de probar y demostrar ante el Juez su verdad. En líneas subsiguientes se procederá a delinear el concepto de carga de la prueba y su naturaleza jurídica, para culminar con una breve reseña histórica de la evolución de este concepto.

2.2.1. Definición

En el presente apartado se procederá a traer a colación una serie de conceptos elaborados por la doctrina en relación al término “carga de la prueba” para luego proponer una breve definición sobre esta institución.

El autor Parra (2000), define la carga de la prueba como

“una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez como debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.” (160)

El maestro colombiano Devis (1993, p. 426) por su parte define la carga de la prueba como una noción procesal que contiene una regla de juicio y le indica al Juez la manera cómo debe Sentenciar una causa en la que no existan pruebas que den certeza a los hechos alegados por las partes, e indirectamente establece a cuál de las partes incumbe la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.

Para Couture (2007, p. 200), la carga de la prueba “es un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que, quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito judicial”.

Bajo este hilo argumentativo, García (2002, p.55) conceptualiza la carga de la prueba como un gravamen impuesto por la Ley a la parte que alega un hecho según el cual este debe alegar al proceso la prueba de lo alegado. Para este autor, la carga de la prueba se basa en dos criterios fundamentales: a) Quien enuncia el hecho debe probarlo y b) alegar un hecho es un acto de las partes, y como tal, deberá ser probado.

Autores venezolanos como Bello (2007) la consideran como “la distribución que el propio legislador hace del riesgo de la falta de prueba, de un hecho afirmado o incierto, de donde se concluye que el efecto de esa falta de prueba ha de recaer en principio, sobre la parte que tenía la carga de aportarla y no lo hizo”

2.2.2 Naturaleza Jurídica de la Carga de la Prueba.

Sobre la naturaleza jurídica de la carga de la prueba, se han esgrimido diversas teorías que se debaten entre deber, obligación o relación jurídica pasiva, las cuales los más importantes estudiosos que han sostenido estas diferentes y hasta contradictorias teorías, a saber:

Rocco y Bonnier citado por Bello (2007): Comparten la teoría de que el peso de la carga de la prueba es del actor, pues establecen que “en toda obligación se da por parte del actor un marcado interés de que aquella sea cumplida puesto que le comporta un beneficio y en la carga ese interés está centrado en quien la soporta, pues su actividad le será favorable en dicho sentido”

Carnelutti citado por Bello (2007): La considera una relación jurídica pasiva, “un acto jurídicamente necesario, pero en interés propio, cuya inejecución siendo ilícita acarrea una sanción económica”. Sin embargo, en relación a esta posición se debe marcar cierta distancia en virtud de las consideraciones anteriormente expuestas en relación a que al emplear el término “carga” se debe procurar en lo posible evitar el empleo del término relación jurídica pues la noción de carga procesal fue acuñada por Goldschmidt, precisamente, en rechazo de la teoría que contemplaba al proceso como una relación jurídica.

Según Michelli en Italia, Rosemberg en Alemania y Silva Melero en España citados por Bello (2007), la carga de la prueba viene a ser como un poder para obrar libremente en beneficio propio, “pudiendo la parte

abstenerse de hacer la debida aportación, lo que no comporta ni coacción, ni sanción, y sin que nazca derecho a la contraparte de exigir su requerimiento”

En tal sentido, no se deben confundir los términos de carga y deber u obligación, ya que la carga de la prueba es una facultad o potestad que puede ser ejercida libre y voluntariamente por el interesado, “no hay sino un solo sujeto pasivo de la carga, sin que exista un sujeto activo, al contrario de lo que sucede en el caso de las obligaciones o de los deberes jurídicos. No se puede exigir al sujeto una conducta determinada en lo relativo a ello, sino que solamente existe una persona con facultad para observar cierta posición ante el problema y su no cumplimiento le comportará efectos perjudiciales” Bello (2007).

2.2.3. Breve Reseña Histórica

En este punto se procederá a desarrollar sucintamente la evolución que ha tenido el concepto de carga de la prueba a través de los tiempos, tomando como referencia algunos de los ordenamientos jurídicos más resaltantes de la antigüedad y que han mayor o menor medida han servido de antecedentes al sistema jurídico actual.

El autor colombiano (Devis, 1993) manifiesta que en todo proceso, por primitivo que sea, siempre ha existido el problema de la carga de la prueba, es decir, determinar a quién corresponde demostrar la existencia o inexistencia de los hechos debatidos, cuestión que resulta trascendental para determinar el sentido y alcance de la sentencia de fondo e incluso de muchas decisiones previas.

A juicio de Lessona, citado por (Devis, 1993), en el antiguo derecho romano la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. Al llegar al

período clásico existieron normas que asignaban la carga de la prueba indistintamente a cada parte o incluso dejaban dicha tarea al prudente arbitrio del Juzgador.

Sin embargo, al llegar a la época justiniana surgieron principios generales en torno a esta materia, en especial aquel que ponía la carga de la prueba en cabeza de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho como fundamento de su acción o excepción, independientemente de que se tratase del actor o del demandado; y asimismo se diseñaron presunciones basadas en la experiencia acumulada durante siglos y se estipuló que sólo las negaciones indefinidas no requerían pruebas.

En los principios del derecho romano no hay mucha claridad con relación a los aspectos procesales y en específico respecto a las pruebas. Es a partir del periodo Formulario que se empieza a tratar con mayor consistencia, aunque los jurisconsultos no trataron la prueba sistemáticamente existían determinadas reglas principios o auténticos aforismos que guiaban el problema de la carga de la prueba, estos eran: *actore non probante, reus absovitur*; *probatio incumbit qui dicit, non qui negat*; *in excipiendo reus fit actor*; *negativa non sunt probanda*. La existencia de pocas reglas y poco interés en esta materia se debía al sistema que imperaba que se basaba en el principio del libre convencimiento judicial.

En el derecho romano, en sus inicios, en especial en el procedimiento de la *legis actio sacramento* y en general en el proceso *per legis actiones*, la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. En el llamado periodo clásico existieron normas que asignaban indistintamente la carga, en cada caso, con un criterio práctico de equidad o le dejaban esa tarea al juez a la manera de árbitro.

Posteriormente en el derecho Justiniano, surgieron principios generales, en especial, el que ponía a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho, como base de su acción o excepción la prueba de tal hecho, sin tomar en cuenta que fuese actor o demandado.

Con la complejidad de las relaciones en la sociedad romana se pasó a darle al juez público unas directivas a qué atenerse en determinados casos. Así, la valoración libre de las pruebas, de libre se convirtió en vinculada, de manera que determinados medios de pruebas fueron considerados como mejores que otros; otros de libre apreciación del juez y se fijó en forma general quien debía aducir las pruebas de las afirmaciones hechas en juicio. En este proceso evolutivo se puede ver que en principio la carga de la prueba es una regla de juicio de manera que la carga primaria grava sobre el actor.

No existe uniformidad de criterios en la doctrina, en relación a la distribución de la carga de la prueba en los procesos desarrollados durante la época germánica primitiva, luego de la caída del Imperio Romano. Un sector afirma que la carga de la prueba correspondía al demandado, pues se suponía que era quien mejor conocía los hechos o porque la gran mayoría de los procesos eran penales e incumbía al acusado demostrar su inocencia.

Por otra parte, otra corriente sostenía que en esta época la carga de la prueba correspondía a ambas partes, sin estar atribuida expresamente a ninguna. Un tercer grupo, sostiene que la prueba incumbía al actor si sustentaba su pretensión en un hecho propio y al demandado en caso contrario.

Los partidarios de una cuarta postura consideran que era el Juez el que determinaba a quien correspondía la obligación de probar, tomando en consideración cuál de las partes alegaba hechos más decisivos; y por último existe una teoría que señalaba que la carga de la prueba correspondía al más débil social y económicamente, bien sea el demandante o el demandado.

Durante la Edad Media, gracias a la labor de los juristas de Bolonia, resurge la tesis de que la prueba incumbe al actor, complementada con el principio conforme al cual se le atribuye ésta al demandado que se excepciona. En consecuencia, Silva Melero, citado por (Devis, 1993) afirma que a cada parte correspondía probar los hechos que afirmaba, llegando incluso a afirmarse que el demandado que se excepciona se convierte en actor pues tal negación implica la afirmación de otro hecho que debe probarse. El demandado únicamente estará exento de la prueba en caso de que se limite a negar genéricamente las afirmaciones del actor.

Ya en la Edad Moderna, y con el advenimiento de la Revolución Francesa, surge el Código de Napoleón que en su artículo 1315 estatuyó un principio similar al expuesto anteriormente al señalar que aquel que reclame una obligación deberá probarla, y recíprocamente aquel que pretenda ser liberado deberá justificar el pago o el hecho que produjo la extinción de su obligación. Esta disposición contempla la regla general sobre la prueba en materia de obligaciones, sin embargo la doctrina se encuentra conteste en asignarle un sentido más general e inferir en consecuencia que corresponde probar los hechos constitutivos a aquel que los afirme y que aquel que opone otro hecho con el cual pretenda extinguir o modificar sus efectos jurídicos deberá probarlos por su parte.

Esta regla ha conservado vigencia con ciertas variantes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y prueba de ello es el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil venezolano, que reza lo siguiente:

“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.”

Los hechos notorios no son objeto de prueba.”

2.3. El principio Dispositivo

En principio las partes pueden disponer libremente de los medios probatorios para demostrar sus alegatos. Pueden usar todos los medios que estén a su alcance. Es más, las partes de común acuerdo pueden alterar los lapsos de acuerdo a la autorización que contiene el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil; o reducirse según lo estipulado en el ordinal 3° de artículo 389; o también evacuar en cualquier estado y grado de la causa, cualquier clase de prueba en que tengan interés. Pueden, incluso, de la prueba pedida y no practicada.

No obstante dicha libertad, prácticamente ilimitada, tiene sus límites en Principios Constitucionales del Estado de Justicia, el debido proceso, el proceso como realización de la justicia y en el interés público. En la búsqueda de la verdad y la justicia ninguna parte, en virtud de la lealtad probatoria y la comunidad de la prueba, puede reservarse prueba que conduzca a la solución del conflicto. En las tendencias modernas se acepta

que el juez debe disponer de poderes para traer al juicio aquellas pruebas que interesan al proceso.

En la legislación venezolana, según lo dispuesto en los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil, el juez tiene facultades para traer a juicio pruebas que tan sólo de ellas se tengan referencias o tomar declaración al testigo que no la rindió, e incluso sin haber sido promovido aparezca mencionada en cualquier acto procesal, o también realizar inspecciones judiciales u ordenar experticias. En éste sentido, la legislación procesal incorpora, aún tímidamente, las tendencias más modernas de la no disponibilidad y la irrenunciabilidad de la prueba.

2.4. Carga e Impulso Procesal

El impulso procesal está originado en 3 máximas *Nemo iudex sine actore*; *ne procedat iudex ex officio* y *probata iudex indicare debet*. Éstas se encuentran presentes en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil; el cual en esencia recoge el principio dispositivo, atribuyendo las cargas procesales a las partes.

No hay proceso sin demanda ni jurisdicción sin acción, ya que las partes establecen el objeto litigioso, y por su parte el juez no puede separarse en lo que ellas han convenido en someter a su consideración. El principio dispositivo descansa sobre el hecho de que en el proceso civil se ventilan derechos en cuya existencia y realización están interesados los particulares que en él intervienen, por lo tanto es necesario que éstos, en la medida de su conveniencia, encausen su actividad judicial cuando lo crean necesario. Dicho principio se condiciona a las peticiones de las partes a quienes

corresponde dar el primer impulso a la marcha del proceso. (Calvo Baca, 2002, p.120).

Los actos de impulso son los que se realizan con la finalidad de ir avanzando en el proceso hasta llegar a la sentencia. La relación entre la carga y el impulso procesal se fundamenta en que el juicio se desarrolla mediante las cargas impuestas a las partes, cuyo cumplimiento se traduce en un impulso procesal.

2.5. La Carga de la prueba como Imposición y como Sanción

En su acepción común, probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. De tal forma, la prueba es una experiencia, una operación, un ensayo dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición; probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto.

Así, en sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación.

Dicho esto, al hablar de la prueba como carga impuesta implica en primer término, la conducta ordenada a ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos y cual de los sujetos que actúan en juicio debe producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate.

De esta manera, la ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria, señalando tanto al actor como al demandado las circunstancias que han de probar teniendo en consideración sus diversas posiciones formuladas en juicio.

No obstante, y ya en un segundo término, dichos señalamientos se dan de forma implícita dado que no abundan los textos expresos que lo afirmen, así la ley crea al litigante la situación embarazosa de no creer en sus afirmaciones, en caso de no ser probadas. El litigante puede desprenderse de esa peligrosa suposición si demuestra la verdad de ellas.

La Carga de la prueba no supone, pues ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron.

Este tema supone, saber “quien prueba”, cuál de los sujetos que actúan en el Juicio (Demandante, demandado o juez) debe producir los hechos que han sido materia de debate.

2.6. La Carga en las obligaciones y en los hechos Jurídicos

El principio general de la carga de la prueba puede caber en dos preceptos: En materia de Obligaciones, el actor prueba los hechos que suponen la existencia de la obligación y el reo los hechos que suponen la

extinción de ella; en cambio, respecto a los hechos y actos Jurídicos, tanto el actor como el reo prueban sus respectivas proposiciones.

Por virtud del primer principio, el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada: el demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba.

El mismo principio desde el punto de vista del demandado es el siguiente: si el demandado no quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, entonces él, a su vez debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación.

Se observa que una división de los hechos en constitutivos y extintivos es la estampa más común, pero resulta estrecha frente a la casuística de la práctica forense; es por ello necesario agregar otros tipos de hechos que deciden la suerte de las obligaciones.

Así las cosas a la clasificación ofrecida por Couture (2007), los hechos podrías clasificarse en:

Hechos Constitutivos (El préstamo)

Hechos Extintivos (El pago)

Hechos Invalidativos (la falta de facultades del mandatario)

Hechos Convalidativos (la ratificación)

Nuevo hechos Invalidativos (la declaración de incapacidad)

En cuanto a la carga de la prueba de los hechos extintivos y los invalidativos se podrían sobre el litigante al que los hechos constitutivos y

convalidativos perjudican. Rodrigo Rivera Morales clasifica los hechos con relación a la prueba en:

Hechos constitutivos.

Hechos extintivos

Hechos impeditivos (igual que los invalidativos de Couture (2007))

Hechos modificativos

Cabe destacar, que los autores atribuyen a esta clasificación de los hechos un valor exclusivamente a los fines de la distribución de la carga de la prueba. Estos hechos producen sus efectos sobre las relaciones jurídicas, no por sí mismos, sino en virtud de las normas jurídicas. Más que contemplar los hechos se trata de apreciar los hechos inscritos en la norma jurídica, por lo que se toma en cuenta es la posición de las partes respecto a los efectos jurídicos que las normas jurídicas aplicables consagran.

2.6.1. Diversos tipos de Hechos

Como se ha hecho referencia en las líneas precedentes, la extensión natural del precepto legal sería, pues, la de hacer gravitar la carga de la prueba de los hechos constitutivos y convalidativos sobre aquel de los litigantes a quien la existencia de esos hechos conviene. En cuanto a la carga de la prueba de los hechos extintivos y los invalidativos se podrían sobre el litigante al que los hechos constitutivos y convalidativos perjudican (Carnelutti, 1940. P. 456).

Cuando se toca el tema de la carga de la prueba y especialmente de la prueba de los hechos es menester hacer referencia a temas que si bien han sido tratados dentro de los estudios referidos al objeto de la prueba, van a

incidir necesariamente dentro del proceso al problema de la distribución y a quien le corresponde probar tales hechos, lo cual no es más que la carga de la Prueba y que constituye en ésta oportunidad objeto de estudio.

Así, partiendo de la regla general de que se prueban los hechos y no el derecho, existen sin embargo excepciones a este principio. Muestra de ello, son los casos en los cuales se prueba el Derecho en las circunstancias en que la existencia de la Ley es discutida y controvertida, dado que se produce una interferencia entre el campo del hecho y del derecho. En el caso que la Costumbre sea derecho, si fuera discutida o controvertida, habría que ser objeto de prueba por quien apoya su derecho en la costumbre, quien deberá ser diligente en producir la prueba de ésta; y la última excepción es la Prueba del Derecho extranjero, dado que ninguna regla presume conocido el derecho extranjero.

En estos tres casos, en virtud del principio *iura novit curia* el cual consagra la presunción del conocimiento del derecho, basta con que el Juez investigue por sus propios medios, tanto la existencia o no de la Ley, como de la determinación de la costumbre como derecho, y se ilustre en cuanto al derecho extranjero, sin necesidad de prueba de las partes para decidir el asunto.

Pero en cuanto a la prueba de los hechos, son los que dan lugar a prueba, es decir, objeto de prueba por regla general, sin embargo, se hará mención de algunos casos particulares que pueden resultar interesantes desde la perspectiva de la Carga Probatoria.

2.6.2. Los Hechos Admitidos Expresamente

La doctrina llama admisión a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario, al quedar fuera del contradictorio y por tanto fuera de la prueba. Esto es consecuencia del principio de economía procesal que implica una proporción entre el fin y los medios.

Imponer la prueba de los hechos, aun de aquellos aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso. La prueba por tanto recae solo en los hechos controvertidos, esto es una especie de encuadramiento objetivo en una determinación hecha previamente conforme los escritos de las partes.

2.6.3. Los Hechos Admitidos Tácitamente

En los casos en que la demanda no ha sido impugnada, es decir de respuesta expectativa, el actor debe producir totalmente la prueba, por aplicación del principio de que a él incumbe la prueba de sus proposiciones.

No obstante, el principio de que los hechos controvertidos son objeto de prueba, exige nuevas aclaraciones, porque determinados hechos no necesitan probarse como es el caso de los hechos presumidos por ley, los hechos evidentes y los hechos notorios. En el primero de los casos (presunciones) esta es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario esta dice que es relativa, sino, se denomina absoluta.

Así por ejemplo no es necesario probar que el demandado conocía cuáles eran sus obligaciones jurídicas ya que todo el sistema parte de la presunción de conocimiento de la ley. Otro ejemplo sería la presunción del hijo habido dentro del matrimonio.

En cuanto a la carga de la prueba, se ha discutido sobre las proyecciones de la presunción en ésta materia, cuyos efectos son una etapa consecutiva del fenómeno del objeto de la prueba, en este sentido, no solo se declara inútil la prueba en contraria, sino también la prueba favorable.

Así toda presunción legal exime a la persona en cuyo favor existe, de probar el hecho presumido por la ley. Esto también opera sobre los hechos objeto de una ficción legal.

De esta manera, la presunción y la ficción operan como subrogados de prueba, contempladas en la vigencia misma del derecho, donde el legislador consagra determinadas soluciones.

Una presunción supone el concurso de tres circunstancias. Un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad, quedando fuera del objeto de la prueba el hecho desconocido y la relación de causalidad, la actividad probatoria está encaminada a la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse. En la carga de la prueba, corresponde entonces desvirtuar tal presunción, lo que implica una verdadera inversión en el sistema.

En el segundo caso (los hechos evidentes) mentalidad del juez suple la actividad probatoria de las partes y puede “considerarse” innecesaria toda tentativa de prueba un hecho que surge de la experiencia misma del magistrado.

Tanto en el derecho inglés como en el alemán se ha hablado de prueba prima facie considerando tal, aquella que permite extraer la prueba de los principios prácticos de la vida y de la experiencia de lo que generalmente ocurre en el natural desarrollo de las cosas.

Se habla de que el juez suple la falta de prueba de las partes con su conocimiento normal de las cosas y su experiencia de la vida. La doctrina del saber privado del juez, de aquello que el conoce por ciencia propia, admite, estudiar en la formación de la sentencia, la aplicación de las máximas de experiencia.

Sin embargo esto no supone la prohibición de la prueba en contraria, hoy en día, una prohibición del probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes carecería de toda justificación científica (carga de la prueba a quien no beneficie el hecho)

2.6.3 Los Hechos Normales

A falta de prueba los hechos deben suponerse conforme a lo que es normal y regular en la ocurrencia de las cosas. Así, los tribunales suplen las faltas admitiendo que los hechos deben haber ocurrido como suceden naturalmente en la vida y no en forma extravagante o excepcional aquel a quien la noción normal beneficia es relevado de prueba. Su adversario debe probar lo contrario.

Este tema es importante en materia de carga de la prueba por que se exige a una de las partes (la que sostiene lo normal) y gravar con ella a la otra (la que sostiene lo extraordinario); sin embargo la discusión también atiende no solo en la distribución de la carga de la prueba, sino además de las opiniones doctrinales sobre si estos hechos constituyen objeto de prueba, tema que en este momento, no es el objeto de estudio de la presente investigación.

En esta materia se ha ido aplicando un sistema de standard jurídico, como una medida de conducta social, el standart es la suposición absolutamente normal de que los hombres mantienen su línea. El relevo de la prueba se apoya conforme lo establece Couture (2007) en un principio de causalidad como una regla empírica.

2.6.4. Los Hechos Notorios

El concepto de notoriedad explica Couture (2007), no puede tomarse como concepto de generalidad, un hecho puede ser notorio sin ser conocido para todos (el invento de la penicilina, el descubrimiento de América puede ser un hecho desconocido por quienes viven fuera de los centros de información)

Tampoco equivale a un conocimiento absoluto, sino de carácter relativo, pues si no es recordado bastaría con acudir a una sencilla información ni quiere decir conocimiento efectivo o real, tampoco significa que es conocido por las personas de un mismo país o lugar. Este principio, releva a las partes de pruebas innecesarias por el principio de economía procesal.

2.7. La Carga de Probar las Afirmaciones y las Negaciones

En materia probatoria, cuando se hace referencia a la prueba de los hechos y actos jurídicos es menester acudir a uno de los principios ya expuestos, el cual alude a que tanto el actor como el reo pruebe sus respectivas afirmaciones.

La carga de la prueba se reparte entonces entre ambos litigantes, por que ambos deben deparar al magistrado la convicción de la verdad en cuanto dicen. Los hechos no probados se tienen por no existentes, ya que no existe

regularmente en el juicio civil dispositivo, otro medio de convicción de la prueba suministrada por las partes. El juez realiza a expensas de la prueba producida, una especie de reconstrucción de los hechos, descartando aquellos que no han sido objeto de demostración; y sobre ellos aplica el derecho.

La más importante de las aplicaciones a éste principio, consiste en disminuir el valor del antiguo precepto de que la prueba incumbe al que dice y no al que niega.

Ninguna regla jurídica ni lógica releva al litigante de producir la prueba de sus negaciones. Cuando las leyes hablan (Couture cita código urug, argentino, boliviano, ecu, mex p. 232), en caso de afirmación por parte del reo tiene éste el deber de probarla, establecen una regla para el caso de que las proposiciones se expongan de forma asertiva; pero nada establecen para el caso inverso, en que las proposiciones se hayan formulado en forma de negación. Y ninguna razón lógica ni jurídica hace que el silencio deba interpretarse como relevo de la prueba respectiva.

2.7.1. Las pruebas Leviores y los casos de *difficilioris probationis* o dificultad probatoria.

- Pruebas Leviores.

Pruebas leviores del latín *levitas*, atis en el sentido de ligereza, liviandad, privación de peso o gravedad. Estas son la consecuencia de la ponderación de elementos que, aislados no significan nada, pero que por su número, gravedad y conexidad, llevan al convencimiento de que hay un hecho distinto que concurren a demostrar. (Peyrano Jorge Walter, aproximación a la teoría de las pruebas leviores).

La teoría de las pruebas leviores (Peyrano Jorge Walter, el moderno derecho probatorio posible y su realización judicial) consisten en morigerar las reglas de la sana critica proporcionando valor probatorio eficaz a evidencias que normalmente no las tendrían. Ello, con el fin de contemplar circunstancias del caso que hagan imposible o extremadamente difícil obtener una prueba cabal de determinado hecho.

2.8. Inversión de la Carga de la Prueba

De acuerdo al autor Luís Rodríguez Saiach Rodríguez Saiach, (2001, p. 186.) ocurre inversión de la carga de la prueba cuando aquel sujeto que debía probar un hecho aplicando las reglas de distribución de dicha carga se encuentra exento de hacerlo, es decir, será la parte contraria quien deba demostrar la inexistencia del hecho o su inaplicabilidad. Este concepto puede ser resumido mediante la siguiente frase: “habrá inversión de la carga de la prueba cuando quien debía probar no prueba y quien no debía probar, debe hacerlo.”

Villasmil (2006. p. 80 y 81) apunta que la doctrina ha distinguido entre supuesto de inversión legal e inversión condicional de la carga de la prueba. Entre los primeros, menciona el referido autor aquellos casos en que se invierte la carga de la prueba por cuanto el demandando opone a la realidad del acto o negocio jurídico en que el actor fundamenta su pretensión, otra realidad que lo deja sin eficacia, la cual presupone dos condiciones, por una parte, el demandado reconoce implícita o explícitamente el hecho fundamental de la demanda y por la otra, alega la existencia de un hecho capaz de dejar total o parcialmente sin eficacia la pretensión contenida en la demanda.

Otro caso en que puede observarse una inversión legal de la carga de la prueba, ocurre cuando existen hechos cuya veracidad se encuentra presumida por la Ley; en este sentido el artículo 1394 del Código Civil conceptualiza las presunciones como aquellas consecuencias que el Juez o la Ley extraen de un hecho conocido para establecer un hecho desconocido. A los efectos del tema en cuestión adquieren fundamental relevancia, las presunciones legales *iuris tantum*, es decir aquellas establecidas por la Ley que admiten prueba en contrario a los fines de enervar sus efectos, pues en este caso será el sujeto contra quien obren los efectos de la presunción quien deba destruirla haciendo uso de los medios de prueba admitidos por el ordenamiento jurídico.

Un claro ejemplo de lo anteriormente señalado ocurre en el caso de la presunción de admisión de los hechos derivada de la falta de contestación de la demanda durante el lapso de emplazamiento, pues en estos casos la norma estipula que la carga de la prueba pase a estar en cabeza del demandado, a quien ahora corresponderá hacer llegar al proceso pruebas que demuestren la inexistencia o falsedad de lo alegado por el actor, y si no lo hace incurre en confesión ficta conforme a lo dispuesto en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante lo expuesto, existen materias donde no funcionan los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, como sucede en los juicios donde está interesado el orden público, y la falta de contestación no invierte nada, por lo que el actor sigue teniendo sobre sí la carga de la prueba. Igual sucede en los juicios donde el demandado es un ente público que goza de los privilegios del fisco, cuya situación es idéntica a la planteada, es decir, se da

por contestada la demanda y en consecuencia no existe la posibilidad de inversión de la carga de la prueba, como se ha señalado.

De esta manera se observa que la falta de contestación oportuna de la demanda, hace surgir una presunción legal *iuris tantum* de admisión de los hechos, lo que origina una inversión de la carga de la prueba hacia el demandado, quien deberá probar la falsedad de los hechos alegados por el actor, so pena de incurrir en confesión ficta, actividad probatoria que se encuentra indefectiblemente limitada pues el demandado contumaz no podrá promover pruebas tendientes a demostrar hechos nuevos ni excepciones perentorias que han debido ser alegadas en la contestación al fondo de la demanda.

Por último, la doctrina hace mención a los casos de inversión convencional de la carga de la prueba, es decir aquellos pactos o convenios mediante los cuales las partes establecen un régimen de prueba vinculante para todos los efectos derivados de la relación jurídica que los une.

No obstante Chiovenda (citado por Villasmil, 2006) se opone a esta posibilidad alegando que el predominio del principio dispositivo no implica un dominio absoluto de la voluntad de las partes sobre el Juez, por lo que no podrá pretenderse aceptar que el señorío de la voluntad de las partes llegue a tal punto que incluso trastoque el proceso de génesis de la Sentencia, pues de lo contrario el Juez al momento de establecer los hechos que quedaron probados quedaría atado a lo convenido por las partes, pasando incluso por encima de reglas legales específicas.

2.9. Distribución de la Carga de la Prueba

Muchas son las teorías que tratan de explicar la distribución de la Carga de la Prueba, algunas consideradas más importantes son:

2.9.1 Tesis que recurre a la naturaleza constitutiva, o por el contrario extintiva, impeditiva o invalidativa de los hechos

Esta tesis es apoyada por Chiovenda, Carnelutti, De la Plaza y Amaral Santos, entre otros. Se refiere a que la carga de la prueba debe distribuirse entre el demandante y demandado. Corresponde al demandante probar los hechos constitutivos en que se fundamente su pretensión y “al demandado probar los hechos extintivos, impeditivos, invalidativos o modificativos en que se base su excepción” (Bello Tabares, 2007 p. 324)

2.9.2. Tesis que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable

Según Bello Tabares (2007, p.324) esta teoría es apoyada por Rosenberg, Guasp, Silva Melero y de modo indirecto Carnelutti y Couture. En esta teoría cada parte tiene la carga de alegar y probar los hechos que forman parte de la norma jurídica contentiva de la consecuencia jurídica que le favorece.

En consecuencia, corresponde al demandante “Probar las afirmaciones o negaciones de hecho que sirven de presupuesto de la norma jurídica, que consagra la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa que le favorece y que ha sido solicitado en su pretensión” Bello (2007, p.325).

Respecto al demandado “Probar las afirmaciones o negaciones de hecho que sirven de presupuesto de la norma jurídica, que consagra la

consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva, invalidativa o modificativa que le favorece y que ha sido solicitado en su excepción” (BELLO, 2007).

En conclusión, quien resulte favorecido con una norma jurídica porque consagra el fin jurídico perseguido en el proceso, soporta la carga de probarlo

2.9.3 Tesis de Hernando Devis Echandía

Para Devis Echandía (citado por Bello Tabares, 2007), la solución al problema de la distribución de la carga de la prueba no radica en determinar quién aporta la prueba al proceso, sino quién sufre las consecuencias de la falta de la prueba de los hechos debatidos.

Asimismo, el referido autor señala que la naturaleza de los hechos no es suficiente para determinar el criterio a seguir en este punto, por cuanto, a su criterio, no resulta viable afirmar que el actor siempre tendrá la carga de probar los hechos constitutivos, y que el demandado deberá demostrar los demás hechos (extintivos, invalidativos o convalidativos), pues no en todos los casos el actor sustenta su pretensión en hechos de naturaleza constitutiva y, además, los hechos expuestos en el proceso no ostentan tal carácter, sino que el mismo corresponde al efecto jurídico de la norma.

En consecuencia, cada parte asume la carga de afirmar y probar el hecho que sirve de presupuesto para la aplicación de la norma jurídica que consagra el efecto perseguido por ellas, y así al actor incumbe probar el hecho que sirve de fundamento a la norma jurídica que consagra el efecto en que basa su pretensión, y al demandado corresponde probar los hechos que sirven de presupuesto de la norma jurídica en que basa su excepción;

distribuyéndose la carga de la prueba en función de la posición de las partes respecto del efecto jurídico contenido en la norma que resuelve el litigio sometido a consideración del operador de justicia.

Por otra parte, Devis (1993) reconoce que la carga de la prueba no corresponde siempre a quien alegue el hecho y a quien beneficie el efecto jurídico de la norma, como ocurre por ejemplo en los casos de los hechos notorios donde existe una liberación de la carga de la prueba, y por otro lado que la alegación del hecho es fundamental para que este sea objeto de la prueba, sin importar cuál de las partes haya formulado tal alegación sino que se produzca la prueba, correspondiendo la carga de probarlo a quien se vea beneficiado con la consecuencia contenida en la norma que será aplicada al subsumir el hecho probado, por lo que en aplicación del principio de la comunidad de la prueba, corresponderá entonces hablar de la parte que asume el riesgo de la falta o insuficiencia de la prueba de los hechos controvertidos, y no de la parte que asume la carga de la prueba.

2.9.4 Distribución de la Carga de la Prueba en el Proceso Civil Venezolano

En el Proceso Civil Venezolano la distribución de la Carga de la Prueba se encuentra contemplada en:

Artículo 1354 del Código Civil

“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”

Artículo 506 del Código de Procedimiento Civil

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

De estos dos artículos se infiere que el proceso venezolano se apoya en la teoría de la naturaleza constitutiva, o por el contrario extintiva, impeditiva o invalidativa de los hechos, sin embargo autores como Bello Lozano y Bello Lozano-Márquez opinan:

“Lo que determina la carga es la naturaleza de los hechos y no la posición que asumen el demandado o el demandante” (Bello Lozano y Bello Lozano-Márquez. Citados por Bello Tabares, 2007 p. 335). Bello Tabares (seguidor de la teoría de Echandía) opina:

No se debe atribuir al actor sólo la prueba de hechos constitutivos, ya que su pretensión puede fundamentarse en hechos de carácter extintivos, impeditivos o modificativos. Ejemplos: La prescripción adquisitiva, la acción tendiente a obtener la liberación o extinción de la garantía hipotecaria, acción para anular un contrato u obligación por carecer de algunos de sus elementos fundamentales, entre otros.

El problema no es quien aporte las pruebas, al Juez no le interesa quien prueba, sino que al momento de sentenciar las pruebas cursen en autos. Lo importante es determinar cuando no existan las pruebas o sean insuficientes, sobre cuál de las partes pesará la consecuencia jurídica desfavorable.

Corresponde la carga de la prueba de los hechos controvertidos, a la parte a quien beneficia el efecto jurídico de la norma, indistintamente de la naturaleza del hecho y de la posición de las partes en el proceso.

Con respecto al Art 1536 del Código de Procedimiento Civil Bello Tabares (2007) aplica lo siguiente:

Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla: Se refiere a que al actor le corresponde probar los hechos que sirvan de fundamento de la norma contentiva de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa solicitada en la demanda y que le beneficie, 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: Corresponde al demandado probar los hechos que sirvan de fundamento de la norma contentiva de la consecuencia jurídica constitutiva, extintiva, impeditiva o modificativa solicitada en la contestación de la demanda y que le beneficie.

2.9.5. Distribución de la Carga de la Prueba en el Proceso Laboral Venezolano

En el Proceso Laboral Venezolano la distribución de la Carga de la Prueba se encuentra contemplada en:

Artículo 72 Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuera su posición en la relación procesal.

Según el artículo previamente citado se determina que:

1-. Se produce una inversión de la carga de la prueba y la confesión ficta cuando el demandado no da contestación a la demanda. Pero aún así tendrá la posibilidad de hacer la contraprueba de los hechos afirmados en la demanda, cuestión que no ocurre cuando el demandado no asiste a la audiencia preliminar y queda confeso.

2-. Le corresponde también probar aquellos hechos que no negó ni rechazó en su escrito de contestación en forma particularizada, con la debida determinación.

3-. Si no expone los motivos del rechazo que oponga a los hechos libelados deberá probar los supuestos mal rechazados.

4-. A la misma conclusión lleva el precepto final del artículo 135 que dice: "...se tendrán por admitidos aquellos hechos (indicados en la demanda respectiva) que no aparecieron desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso". Decimos que se llega a la misma conclusión, porque la norma en definitiva establece que la carga de prueba corresponde a la parte demandada y no a la parte demandante, sin que llegue a señalar cuáles hechos controvertidos en la litis debería acreditar al actor.

5-. En los juicios de la estabilidad laboral, el empleador tiene que demostrar el carácter justificado del despido para quedar exento de pago alguno.

En tal sentido, la doctrina laboralista ha determinado que le corresponde probar al demandante:

1-. Si el demandado no está incurso en ninguna de las actividades antes mencionadas, la onerosidad probatoria (onus probandi) permanece en el demandante, de acuerdo a la regla general antes citada.

2-. Si el actor afirma hechos indefinidos permanecerá en él la carga probatoria, pues la contrapartida sería en negociaciones indefinidas, imposibles de probar. Generalmente ocurre en el caso de reclamo por horas extraordinarias o días feriados laborados.

3-. Del mismo modo, no hay inversión de la carga de la prueba, si el demandado niega que el actor le haya prestado a él un servicio personal. No existiría en tal caso el hecho cierto de la presunción relativa, desvirtuable, y por ende en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo sería inaplicable.

Así las cosas, en materia Laboral con respecto a la carga de la prueba al trabajador le corresponde probar:

- La relación laboral, prestación de servicios personales, la relación de subordinación y el beneficio de esos servicios
- El despido y salario que devengaba
- La enfermedad ocupacional o accidentes laborales

Por otra parte, al patrono le corresponde probar:

- Las causas del despido
- El pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación laboral.
- Desvirtuar la presunción de relación laboral: La inexistencia de la prestación de servicio, la ausencia de subordinación, la gratuidad del servicio o ausencia de beneficio.

Todos los nuevos hechos que alegue en el proceso, por tanto, soporta casi toda la carga de la prueba porque de no alegar nuevos hechos quedarán como ciertos los hechos constitutivos del actor (Art. 135 Ley Orgánica Procesal del Trabajo)

2.9.6. Distribución de la Carga de la Prueba en el Proceso Penal Venezolano

Siguiendo la opinión del autor Rodrigo Rivera Morales, En el proceso penal hay un interés público respecto al delito y los fines que se persiguen son vinculados al sistema social: evitar comportamientos que atenten contra el orden social y dé garantía a la seguridad personal de los miembros, en contraposición al proceso civil donde están en juegos intereses particulares. El derecho penal no tiene finalidad de persecución de la persona, ni es interés del Estado, cuando previene y reprime el delito lo hace con bases al orden social, por ello, el concepto de carga de la prueba es contrario a los principios que gobiernan el proceso penal. (Rivera Morales, Rodrigo. 2007. p. 250).

El Estado, el Juez y el Ministerio Público no tienen un interés interno y externo de antagonismo con el acusado, sino que su misión es reprimir el delito y castigar al culpable, de manera que esto lo hacen en nombre de la sociedad en función de su seguridad y la paz social.

En el campo penal son imperativos dos grandes principios: la presunción de inocencia y la duda favorece al reo (in dubio pro reo). Estos principios arrancan formalmente desde la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y se ha mantenido en las diversas declaraciones universales de

derechos. Nuestro país suscribió la Declaración Universal de Derechos formulada por las Naciones Unidas en 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La presunción de inocencia es de rango Constitucional, está amparada en el artículo 23 de la Carta Magna, donde se hace reconocimiento a los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a los Derechos Humanos y en el artículo 49 numeral 2 de la Constitución Nacional, que dispone: “toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”; de igual forma el legislador ha introducido el principio de presunción de inocencia plasmándolo en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal.

Siguiendo con la opinión del autor Rodrigo Rivera Morales, considera que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que comporta, en el ámbito penal, la exigencia constitucional de considerar inocente a la persona a la cual se le imputa la comisión de una infracción penal. Por supuesto esa responsabilidad tiene que ser demostrada en proceso celebrado con todas las garantías.

El imputado goza de su natural estado de inocencia y en consecuencia nada debe probar, ni siquiera sus excusas o justificaciones, ya que si bien tiene el derecho de hacerlo, la circunstancia de que omita esa actividad no acarrea para el ningún perjuicio procesal (Eduardo Jauchen, citado por Rivera Morales. p. 252). La presunción de inocencia prevalece sobre el problema de la carga de la prueba , de manera que el acusado no tiene que demostrar que es inocente, puesto que se presume su inocencia, tendrá que demostrar el delito y la responsabilidad del acusado.

Entonces, es a la acusación a quien corresponde la realización de la actividad probatoria de cargo (Vicente Sendra, citado por Rivera Morales.

Ob.cit. pág. 253), esto es a la afirmación del delito, de la autoría y de la responsabilidad, los cuales son hechos positivos, de suerte que si se trasladase al acusado éste estaría sometido a la probatio diabólica, pues tendría que probar los hechos negativos, lo cual es prácticamente imposible; esto sería inconstitucional (Rivera Morales, 1998).

Continuando con la opinión del Rivera Morales, en el sistema venezolano el Ministerio Público tiene el deber de investigar, para dilucidar un hecho determinado en forma objetiva, así que no tiene la carga de la prueba en el sentido civil, pues no tiene interés subjetivo, sino que se actúe conforme a la ley, esto es, si se condena o absuelve sea conforme a lo establecido en derecho. Con base al sistema acusatorio imperante en Venezuela, que es un proceso de partes, la carga probatoria en el sentido penal corresponde a las partes acusadoras, hay que decir que la acción penal no es exclusiva del Ministerio Público, puesto que la víctima puede ejercerla.

Con relación al principio *In Dubio Pro Reo*, este le impone al juez que en caso que las pruebas no prueben plenamente la responsabilidad y dejen dudas sobre ella, debe absolver. Entre este y la presunción de inocencia existe una estrecha relación, pero debe decirse que esta última es más amplia y por eso rige en todo el proceso, mientras que el otro se refiere a la actividad probatoria. Es decir, que el principio *In Dubio Pro Reo*, se presenta en el momento de la valoración de las pruebas, por ello se dice que la “duda probatoriamente aparece ligada al reo” (José Vásquez Sotelo, citado por Rivera Morales). Para condenar debe haber plena prueba, es decir, debe existir una certeza objetiva.

La existencia de duda sobre los hechos concretados en la acusación, por mínima que sea, obliga a una resolución absolutoria. Cabe destacar que si en la investigación hay duda y no existe probabilidad necesaria para

procesar debe abstenerse de formular acusación. La duda se ha definido como el estado de intelecto, según el cual se origina una vacilación pendular entre los motivos que llevan a tomar una decisión afirmativa o negativa con relación a una cuestión, debido a que los elementos antagónicos no resultan suficientemente explícitos para determinar una opción convincente.

El principio de In Dubio Pro Reo se deriva del derecho de presunción de inocencia. Bajo la pregunta ¿Por qué razón la duda debe beneficiar al imputado? La respuesta es garantista, porque goza de un estado jurídico de orden constitucional de inocencia que no necesita ser construido.

Al contrario, al Ministerio Público compete destruirlo y acreditar intachablemente su culpabilidad. Si estos fracasan en su intento y no logran probar fehacientemente la existencia del hecho delictivo y la participación punible del imputado, el estado de inocencia reconocido constitucionalmente se mantiene, prevaleciendo sobre el caudal probatorio, el cual si bien lo puso en tela de juicio, careció de la envergadura legalmente exigida para destruirlo (Cafferata Nores, citado por Rivera Morales). La carga probatoria recae entonces en la Víctima y el Ministerio Público cuyo fin es: demostrar el delito y la responsabilidad del acusado

Según el autor Rodrigo Rivera Morales, la doctrina ha discutido en torno a los hechos a que debe aplicarse el In Dubio Pro Reo. Una parte de la doctrina sostiene que a todos los hechos, o sea, a los hechos constitutivos, extintivos e impeditivos. Otros afirman que sólo tiene aplicación a los hechos constitutivos.

Debe mirarse con atención todo lo relativo a las circunstancias que excluyen, atenúan o agravan la responsabilidad. La doctrina moderna afirma

que la duda que da lugar la aplicación del in dubio pro reo ha de recaer sobre cualquiera de los hechos condicionantes de la pena, lo que significa que la aplicación del principio no se limita a los hechos constitutivos del delito, sino que se extiende a los impeditivos y extintivos tales como la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las causas excluyentes de la responsabilidad.

2.9.7. La Carga de la Prueba en el Derecho Comparado

Se considera necesario traer a colación brevemente la regulación de la carga de la prueba en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y en Código Procesal Civil de la República de Colombia.

En este sentido el artículo 129 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica establece lo siguiente:

Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba.

De esta manera se observa como la precitada norma establece una distribución de la carga de la prueba atendiendo a la naturaleza de los hechos alegados por las partes. En consecuencia, corresponderá al actor probar los hechos constitutivos en que base su pretensión, mientras que el demandado deberá probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión, es decir, aquellos argumentos que fundamenten su excepción. De igual forma resulta importante hacer mención a la posibilidad que prevé dicha disposición según la cual el Juzgador podrá conforme a las

reglas de la sana crítica suplir las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba haciendo uso de su iniciativa probatoria, lo que implica una atenuación del principio dispositivo y una ampliación en los poderes y facultades del órgano jurisdiccional.

Por otra parte, el Código Procesal Civil Colombiano en su artículo 177 establece las reglas para la distribución de la carga de la prueba que se aplican en el vecino país de la siguiente manera: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.” Se determina de esta manera la influencia ejercida por el maestro Devis Echandía, pues la disposición que acaba de ser citada no es más que la consagración legal de su teoría sobre la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo a la cual cada parte asume la carga de afirmar y probar el hecho que sirve de presupuesto para la aplicación de la norma jurídica que consagra el efecto perseguido por ellas.

En otro orden de ideas, el autor Rodrigo Rivera Morales, transcribe algunas normas de Iberoamérica acerca de la carga de la prueba a efectos comparativos:

En el código Procesal Civil modelo para Iberoamérica en el artículo 129 trata sobre la carga de la prueba “corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba. (Transcripción exacta a la anterior a la vigente en el Código de Procedimiento Civil uruguayo).

El código de Procedimiento Civil colombiano en su artículo 177 dispone: incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En Colombia en el artículo 179 se autoriza la prueba de oficio cuando el juez lo considere útil.

En la ley de enjuiciamiento civil de España en su artículo 217 se define un conjunto de reglas acerca de la carga de la prueba:

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimara las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes (principio de especialidad).
6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

2.10. Tendencias Modernas de la Carga de la Prueba: - Tesis de la Disponibilidad y Facilidad. Carga Dinámica de la Prueba

El jurista Marcelo López Mesa, Citado por el autor Daniel Humberto González en el artículo otra visión de las cargas dinámicas probatorias, 2005: “el fin natural del proceso es el arribo a la verdad verdadera y no su pálido reflejo, una verdad procesal teñida de falsedad o quimera”

Se quiere dar inicio a este punto tocando un tema bastante importante en el derecho procesal como lo es la verdad la cual es el presupuesto de la realización de la justicia, fin último del proceso. Se debe tener presente que existen en lenguaje procesal dos formas de verdad; la verdad real material o histórica y la verdad formal, ficticia.

Esta verdad material que se toma como fin del procedimiento penal, tanto es así que ella ha sido propuesta como una de las metas de la función judicial del estado. Este concepto se opone a la verdad del proceso civil

dispositivo clásico, el cual está limitado por el propio sistema, tanto a lo que se refiere a los hechos o determinación de la plataforma fáctica.

Se entiende que para la búsqueda de la verdad existen obstáculos tanto de tipo fácticos Ej. Transcurso de tiempo, debilitación de la memoria de los testigo entre otros y jurídicos los cuales son impuesto por las pruebas legales o tasadas Ej.: en el estado civil se prueba con los medios establecido en el Código Civil etc.

“El proceso es un instrumento en sí, pero nunca un fin, a través de el las partes utilizan los medios de defensa privados para obtener del Estado el cumplimiento de su deber: la sentencia que constituye el interés mediato de las partes y la definición de la controversia: que es interés inmediato de la colectividad. Esa afirmación por parte del estado, satisface las aspiraciones de los litigantes, bien sea reconociendo o negando la pretensión y satisface la necesidad del colectivo, restableciendo la paz y la seguridad jurídica mediante la solución del conflicto” (La Roche, 2000).

La concepción dinámica de las cargas probatorias coadyuva a la realización del concepto de verdad jurídica objetiva. El concepto de carga dinámica de la prueba consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar pruebas al juzgador, tiende a privilegiar la verdad objetiva sobre la formal, a efectos de brindar la efectiva concreción de la justicia, aun abandonando los preceptos rígidos, para perseguir una resolución judicial justa, según las circunstancias fácticas, de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis (López Mesa, ob. cit. Pág. 64).

El paradigma dinámico que hoy emerge, requiere de la presencia activa del magistrado en el proceso, tiene como motivación esencial la búsqueda de

la verdad objetiva como una forma de jerarquizar y hacer eficiente la realización de la función de justicia.

“La carga probatoria sea dinámica entraña, precisamente su movimiento y latente posibilidad de desplazamiento. Eso podrá trasladarse de una parte hacia la otra, viceversa y volver luego sobre la misma según resulte de la actividad desplegada por los contendientes en todo el proceso” Bello, (2007).

La nueva doctrina o tesis hace actuar efectivamente al derecho en la resolución de la etapa probatoria comprometiendo en su movimiento a todos los actores del proceso y a todos los institutos jurídico que lo conforman.

La crisis de la ciencia procesal que revistió un carácter marcadamente dispositiva, que exigía un juez espectador, que se sostenía de estructuras rígidas, supuestamente como garantía de los justiciables; todo ello dentro del marco de un proceso que tuvo como fin último obtener una sentencia “formalmente justa”, ha dado un cambio paradigmático dado en el derecho procesal civil con el nuevo activismo judicial reclamado en el marco del proceso dispositivo y la consecuente generación de institutos jurídicos como la doctrina o tesis enunciada.

Las cargas dinámicas probatorias se vinculan fundamentalmente con la aprehensión de la ciencia procesal: su concepto dinámico, se abandonan los juicios apriorísticos que señalaban moldes estáticos en los cuales habría de ajustarse el magistrado en oportunidad de merituar el material probatorio aportado por las partes o establecían el sentido en el que debía fallar cuando no ha existido la necesaria producción fáctica.

Desde las máximas romanas en toda evolución de la teoría general del proceso, a partir de la doctrina y la legislación, se generan estructuras más o

menos rígidas, que se tradujeron en mandatos imperativos, abstractos dirigido al magistrado, indicando como debía sentenciar para superar la instancia del non liquet en los supuestos que faltaba el material probatorio, estas pautas especulativas se vincularon a la posición de las partes dentro del proceso o el tipo de hechos que se trata (constitutivos, modificativos, impeditivos), etc.

En la concepción dinámica del derecho procesal se avisa que no puede reclamarse una fijación infalible a priori acerca de los roles y tareas de las partes. Es por ello que del magistrado se requiere un accionar involucrado con la realidad particular del caso que se plantea, una autoridad comprometida con la búsqueda de la verdad, alerta permanente de los acontecimientos que se suceden en el curso de los procesos y dispuestos a valorar en cada momento la conducta de los demás actores del proceso.

“Todo esto conlleva a que las reglas o principios que orientan distributivas de la carga de la prueba, más que rígidas, deben ser flexibles y amoldables a cada caso en particular donde deban aplicarse” (Bello, 2007). La doctrina o tesis mencionada inicialmente se abrió camino primero en el plano jurisprudencial y luego doctrinario, en aquellos supuestos en que las reglas clásicas de distribución de la prueba acarrearán consecuencias que eran notoriamente disvaliosas (Roullion, Adolfo, citado por González, p. 57).

Como lo expresa la Dra. Airasca, “lo que se intenta es dinamizar la conducta de las partes y del juez en el proceso”, para alcanzar la verdad objetiva de los hechos por ambas partes en solidaridad y colaboración procesal (Airasca, Ivanna, citada por González, p. 58)

Por lo tanto el juez atendiendo las particularidades del caso que le toca atender, vigilante de la conducta obrada por las partes, debe reparar en falta del deber de colaboración y cooperación si lo hubiere, y también debe revelar quien está en mejores condiciones de aportar dicha prueba para esclarecer los hechos.

“Esta flexibilidad y amoldabilidad del onus probandi ha dado pie a que se tomen en cuenta, a los fines de determinar la distribución o atribución entre las partes del interés de traer al proceso la prueba de la certeza de los hechos controvertidos, las circunstancias de disponibilidad y facilidad probatoria de cada contendor” López, citado por Bello, (2007).

El profesor español Francisco López Simó citado por el autor Humberto Bello Tabares (2007) al señalar cuando comenta el artículo 217 de la ley de enjuiciamiento civil española, la cual recoge la regla de la “disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en el litigio”.

Continúa el mencionado autor que la carga dinámica de la prueba como medio corrector de las normas sobre la carga de la prueba, supone en ocasiones, con independencia de la naturaleza del hecho afirmado, que la prueba deba hacerla o traerla al proceso aquella parte que tiene mayor facilidad para ello o la que esté más próxima o dispone de la fuente de pruebas, por lo que si al momento de dictarse la sentencia no se ha podido alcanzar la prueba o certeza sobre los hechos controvertidos, el operador de justicia deberá tomar en consideración y valorar la facilidad y disponibilidad probatoria de cada parte con respecto del hecho, aplicando las consecuencias desfavorables de la ausencia de prueba, en función de tales circunstancias.

“Artículo 217, numeral 6º de la ley de enjuiciamiento civil española:

6º. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio”.

El principio de disponibilidad de la prueba, se refiere a una situación de cercanía, acceso o contacto de la parte con la prueba o medio de prueba, que le permite mayor posibilidad de aportar o trasladar al proceso la demostración del hecho controvertido, lo cual no puede confundirse con la indisponibilidad negligente, como podría ser la falta de diligenciamiento de la parte para la preservación de la prueba, para su obtención o materialización. Por su parte la facilidad de la prueba o del medio de prueba, tiene carácter más general que la disponibilidad y se encuentra referida, a la exactitud, fiabilidad o posibilidad económica de realizar y para realizar la prueba.

Montero Aroca citado por Bello Tabares (2007) ha expresado que la parte que tiene mayor facilidad para probar y que se encuentra más próxima a la fuente de prueba, debe correr con la carga de la demostración, independiente de la naturaleza del hecho.

Tal situación también es tratada por Jairo Parra Quijano, citado por Bello Tabares (2007), para quien la prueba cumple un papel fundamental en la prestación del servicio de justicia, siendo incluso de rango constitucional, lo cual trae como consecuencia, que en muchos caso la parte a quien le interesa aportar al proceso la prueba de los hechos que sirven de presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica perdida, no tenga que realizar tal probanza, pues al resultarle más difícil desahogarla, hace que sea la otra parte quien deba hacer tal aportación al proceso, siempre que esta tenga mejor acceso, facilidad o disponibilidad del medio

probático, tal y como sucede con los hechos negativos y de los hechos presumidos por la ley (Bello, 2007).

Uno de los valores fundamentales y superiores del ordenamiento jurídico venezolano es la justicia, tal y como lo dispone el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual solo puede alcanzarse procesalmente hablando a través de una decisión que se fundamente en la verdad de los hechos controvertidos, en la medida que existan en autos las pruebas demostrativas de los hechos que se discuten.

Otro principio constitucional fundamental es de la tutela judicial efectiva, consagrado por el artículo 26 ejusdem y donde se aseguren los derechos constitucionales procesales contenidos en el artículo 49 ejusdem, donde se destaca el derecho al acceso a las pruebas, lo cual reviste a al derecho a las pruebas de rango constitucional, cuyo fin esencial es la demostración de la verdad para alcanzar la justicia y cumplir de esta manera con uno de los valores fundamentales del estado venezolano. Por otro lado el artículo 21 establece que todas las personas son iguales ante la ley.

El autor Humberto Bello Tabares expresa que en consideración a las normas señaladas y aplicándolas a la materia probatoria que rige el proceso civil venezolano, especialmente las normas atributivas o distributivas de la carga de la prueba, sería inconstitucional y desconocería los valores, principios y fundamentos constitucionales si al aplicarse la regla distributiva de la carga de la prueba, el operador de justicia no tomara en consideración la falta de disponibilidad, acercamiento, cercanía, acceso, contacto y facilidad, que puedan tener las partes sobre quien pesa la carga de la prueba, de allegar al proceso los medios probatorios demostrativos de las

circunstancia de hecho que son el presupuesto de la norma contentiva de la consecuencia jurídica que les favorece.

Continúa el mencionado autor señalando que además premiaría la pasividad, omisión, deslealtad de la otra parte que sencillamente se limitaría a negar, rechazar y contradecir todos los hechos, para de esta manera hacer pesar el gravamen de la prueba sobre la otra parte, no obstante a su posibilidad, facilidad, disponibilidad, acercamiento o accesibilidad que tiene de obtener y aportar al proceso las pruebas de aquellos hechos que si bien pueden producirles consecuencias desfavorables constituyen la demostración de la verdad que es el camino hacia la justicia que se plasmará en la sentencia Bello, (2007).

Bajo este hilo argumentativo, el juzgador al momento de sentenciar y hacer recaer el peso de la falta o insuficiencia de prueba en aquella parte que tenía de aportar las misma al proceso, debe observar, si la misma tenía disponibilidad y facilidad de llevarlas al proceso, pues de lo contrario, si dicha disponibilidad y facilidad la tenía la otra parte quien deberá sufrir la consecuencia de la falta o insuficiencia de prueba será esta última, siempre que no se trate de indisponibilidad negligente Bello, (2007).

El operador de justicia es persona obligada a tener presentes los medios correctivos de la distribución de la carga de la prueba (disponibilidad y facilidad) al momento de emitir su fallo dirimidor, ello no obstante a no estar contemplados en nuestro ordenamiento legal, es que el principio fundamental y orientador de la conducta del juzgador, es precisamente el de la búsqueda

de la verdad, pues solo así podría emitirse una decisión justa que garantice esa tutela judicial efectiva consagrada en el texto constitucional.

Se plantea el autor Humberto Bello Tabares ¿Cómo podría obligarse a una de las partes a aportar la prueba que le produce consecuencias jurídicas desfavorables, cuando corresponde a la otra la aportación de tal probanza?, a la cual contesta el mismo: a primera vista pareciera absurdo que la parte sobre la cual no pesa la carga de la prueba, tenga el interés de aportar la prueba de los hechos que le son desfavorables, por tener mayor disponibilidad o facilidad para su obtención y pero si el proceso se concibe como un mero instrumento para la satisfacción de los egoístas y particulares intereses de las partes.

Como expresa Peyrano, el proceso se concibió como una contienda en donde solía triunfar el hábil o más astuto Peyrano, (2004. p. 65). Pero si se observa al proceso judicial como un verdadero instrumento que tiene por objeto la realización de la justicia, indefectiblemente se debe concluir que las partes y los representantes de las partes se encuentran en el deber de colaborar con el juez en la búsqueda de la verdad para poderse emitir una decisión justa (Bello Tabares, 2007 pág. 350).

En tal sentido, según Peyrano (2004) la facilidad probatoria procura respetar las diferencias y de cierta forma privilegiar la consagración de un Derecho. En tal sentido, las reglas tradicionales que determinan la distribución del onus probandi, en ciertas ocasiones se encuentran expresamente contenidas en la normativa, y en otras oportunidades, debe acudirse ante otras fuentes del Derecho como la doctrina y la jurisprudencia.

Así las cosas, las mencionadas reglas (legisladas o no) son y deben ser aplicadas en los casos corrientes. Sin embargo, ante situaciones distintas de las habituales resulta aplicable la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, ya que desplaza el esfuerzo probatorio desde quien lo tenía sobre sus hombros (por ejemplo, la actora que debía probar “todo” lo relacionado con la mala praxis médica de la que fuera víctima) hacia la contraparte que inicialmente y de acuerdo con las reglas ortodoxas le correspondía el correspondiente esfuerzo probatorio.

En tal sentido, conforme a lo establecido en el artículo 253 constitucional los abogados son parte integrante del sistema de justicia venezolano y deben colaborar con el juez en el triunfo de la justicia, debiendo en todo momento actuar con probidad y lealtad.

La concepción publicista y solidaria del proceso impone además el deber de colaborar con el órgano y expresamente hacerse cargo de suministrar la prueba cuando la parte se halle, en ese momento del proceso, en mejores condiciones para aportarlas.

Como expresa el autor Barbeiro, citado por el autor (González, 2005):

“quien se encuentre en mejor posición probatoria y simula distraído a tal circunstancia o se aferra al esquema negatorio deberá aceptar que dicha estrategia conducirá muy probablemente, a que la dinámica de la carga probatoria le juegue una mala pasada”

2.11. Características

Guanipa, (2011) Señala que las características más resaltantes de las cargas probatorias dinámicas son las siguientes:

a. Facilidad Probatoria

Toda vez que deberá probar la parte que se encuentre en mejor posición fáctica, profesional o técnica, constituyendo la naturaleza jurídica de la Doctrina, en tal sentido si a la parte que según las reglas generales de distribución de la carga probatoria le correspondía probar, sin embargo no se encontraba en la posibilidad de aportar los medios de pruebas al proceso, y en su lugar, la contraparte si podía hacerlo ya que se le facilitaba acceder a los medios probatorios; debe entonces el juez al momento de dictar el fallo (siempre y cuando advierta que no hay pruebas en el procedimiento sobre el cual va a dictar la sentencia de mérito) sentenciar en contra de quien no probó porque no quiso, y no contra quien no probó porque no pudo.

De tal forma, se presenta que la tesis de la carga dinámica de la prueba no resulta viable solo por el hecho que a una de las partes no pueda o le sea difícil de probar, ya que debe concurrir la imposibilidad de probar con la facilidad de la posición de la otra parte para aportar los medios probatorios

b. Excepcionalidad, complementariedad o subsidiaridad

Las cargas dinámicas probatorias solo deben ser aplicadas de manera excepcional a la distribución legal de la carga de la prueba, ya que no se pretende diseñar una nueva regla general que sustituya aquellas creadas anteriormente, sino como un complemento de las mismas. Guanipa (2011, p.105)

c. Flexibilidad o adaptabilidad

La doctrina de la solidaridad probatoria concibe la carga de la prueba como un fenómeno estrictamente dinámico, el cual recae en una u otra parte

según las circunstancias específicas del caso en concreto, el cual sirve de solución alternativa a las reglas ortodoxas previamente asentadas. Así, la norma que pueda contemplar la carga dinámica de la prueba debe ser redactada de manera que se pueda permitir el desplazamiento de la carga de acuerdo a las especificidades de cada caso, sin incurrir en condicionamientos forzados.

En tal sentido, dicha flexibilidad o adaptabilidad tiene otra faceta en la que se evidencia que como frecuentemente la carga de la prueba se encuentra repartida entre ambas partes y respecto a ciertos hechos, es probable que la facultad para aportar los medios esté circunscrita a uno y no a todos, con lo que la tesis de la facilidad probatoria puede emplearse respecto a un hecho o algunos, no así con todos los hechos que conforman el objeto de la controversia.

Bajo este hilo argumentativo puede aplicarse la doctrina de la carga dinámica a ambas partes en relación a aquellos hechos que ambas partes no demostraron habiendo podido hacerlo; de tal forma, los efectos negativos serán parciales y dirigido hacia ambas partes, y la declaratoria con lugar, sin lugar o parcialmente con lugar de la demanda o reconvenición dependerá del análisis que realice el juez dependiendo de la valoración que éste realice de dichos efectos y los hechos efectivamente comprobados en el curso del procedimiento. Guanipa (2011, p.107)

- d. La aplica el Juez al sentenciar. No requiere ser anunciada con anticipación

Sobre este aspecto, contempla Guanipa (2011)

“Teniendo esta doctrina como fundamento el deber de colaboración de las partes con el juez para el descubrimiento de la verdad en el caso específico, nadie puede sentirse sorprendido porque se sancione el

incumplimiento de dicho deber en la sentencia definitiva. Quien litiga y sabe cuáles son los hechos controvertidos, debe saber si tiene o no acceso fácil al medio de prueba idóneo, y si lo tiene, poco debería importarle si le corresponde o no la carga de la prueba, más aún, porque si está diciendo la verdad, ese medio de prueba no hará otra cosa que confirmar su versión, pero si no lo aporta su reticencia no puede beneficiarle, sobre todo si quien debía probar no lo hizo porque no pudo. (107)

En tal sentido, no debe entenderse que el juez deba advertirle a las partes que aplicará o no la distribución de la carga dinámica de la prueba, ya que cada una de ellas al tener conocimiento de los hechos objeto de la controversia deben tener certeza si éstos tienen la facilidad de aportar los medios probatorios al juicio.

Por otra parte, Vargas (s/f) señala que las características de la carga dinámica de la prueba se pueden resumir en las siguientes:

- a) Configuran una especie dentro del género de distribución de las cargas probatorias, por lo que no constituye la única regla para la distribución de la carga de la prueba.
- b) Reconocen la vigencia de las normas generales clásicas sobre distribución del onus probandi como “principio general” y, expresamente, asumen que solo corresponde acudir a ellas de manera “excepcional” o complementaria frente a la situación en que la aplicación de aquellas normas legales (típicas o rígidas) sobre la distribución de la carga de la prueba, arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.
- c) En el caso excepcional en que se estime su aplicación importan un desplazamiento del onus probandi conforme a las especiales circunstancias del caso concreto, pudiendo recaer esta carga en una o ambas partes.

2.12. De la contratación bancaria. Generalidades

Según Rodríguez (2009), la actividad bancaria ha sufrido el fenómeno de la publificación, el cual le es propio y se distingue del Derecho Mercantil ampliamente conceptualizado, razón por la cual ha dejado de ser entendida como una relación jurídica de derecho privado para convertirse en una donde aplica una particular intervención del Estado mediante los organismos que considere necesarios para su vigilancia y control. Destaca el autor que esto se presenta comúnmente aquellos denominados Estados sociales de derecho, permitiendo así el celoso resguardo de los intereses comunitarios que deben protegerse como consecuencia de la interacción de la entidad financiera y el usuario.

En este sentido, el autor señala que en muchos Estados esta actividad se encuentra nacionalizada, donde puede tener el dominio total sobre las instituciones o a través de la implementación de un régimen para las concesiones administrativas que faciliten la intervención temporal del sector privado. Ahora bien, independientemente del sistema que se acoja, es preciso mencionar la rigurosidad que aplica a la constitución de las personas jurídicas que quisieran participar en el medio, así como el control ejercido sobre su funcionamiento.

De acuerdo a lo sostenido por el autor, se destaca la tesis de Estados que atribuyen rango constitucional a las disposiciones relativas al servicio público del sector bancario y le atribuye dos causas: la prestación masiva del servicio y la notable necesidad de los particulares. Así las cosas, Rodríguez (2009, p. 114) hace alusión a la creación secundaria de la moneda y señala lo siguiente:

“...Aun en los casos en que la legislación reconozca que es una actividad privada, ello solo conduciría, para quienes aceptan esta tesis, a que se trate de un servicio público prestado por los particulares. En esta forma, como servicio público y por esa sola circunstancia, suele ser susceptible de una rígida intervención estatal dirigida a ordenarlo, a imponer las condiciones en las cuales debe prestarse.

Pero aun si no se acepta que la teoría del servicio público haya sido determinante para explicar esta evolución, es claro que el papel que los bancos desempeñan en la economía la justifica largamente. En efecto, afirmamos que los bancos crean moneda en el sentido de que, a través de los depósitos bancarios realizados por medio de cheques y por la mecánica de los préstamos abonados en cuenta, los particulares y la comunidad en general se hacen a medios de pago adicionales, distintos de aquellos creados directamente por el Estado por la vía de la emisión y que cumplen a cabalidad la misma función en la economía, al ampliar la capacidad de consumo de sus clientes.

...Pues bien: el principio de la soberanía monetaria parte de una base fundamental y es que la moneda es creación del soberano, es decir, del Estado y que no sólo dice con su forma primaria sino con las posibilidades crediticias que de la misma se derivan, la vigencia de determinadas tasas de interés y la atención de ciertos sectores con prioridad en relación con otros.”.

Con relación a lo planteado por el autor, evidencia a la actividad bancaria como la creadora de la moneda y, de la forma que sea, esta función solo puede cumplirla en la medida que el mismo Estado lo permita. De esta

manera, las restricciones impuestas por el Estado se dividen en la autorización previa, la intervención permanente y la imposición de sanciones. Con relación a la primera, el autor indica que dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate, se requiere una autorización para la prestación del servicio, bien sea para la constitución o para el funcionamiento, pero indistintamente de la normativa a aplicar constituye un requisito indispensable. Por otra parte, se plantea una amplia gama que se refiera a la intervención permanente adecuada a los escenarios más importantes que puedan presentarse, así como la imposición de sanciones que se verifica en la aplicación de medidas que tiendan a dirigir el comportamiento actual al deseado, por lo que puede ir de lo más drástico, como lo es tomar posesión de su establecimiento.

Así las cosas, el artículo 112 de la Constitución Nacional preceptúa:

Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Por otra parte, el Decreto con rango, valor y fuerza de ley de Instituciones del Sector Bancario dispone en su artículo 8 señala:

Artículo 8. Servicio Público. Las actividades reguladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, constituyen un servicio público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3° de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de utilidad pública, por tanto deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad.

Si hubiere dudas en la aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, o en la interpretación de alguna de sus normas, se aplicará la más favorable a los clientes y/o usuarios de las instituciones del sector bancario.

De conformidad con lo señalado y en procura de salvaguardar los intereses generales de la República, la idoneidad en el desarrollo de las actividades reguladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, así como, la estabilidad del sistema financiero y el sistema de pagos, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá acordar la intervención, liquidación o cualquier otra medida que estime necesarias, sobre las instituciones del sector bancario, así como sobre sus empresas relacionadas o vinculadas de acuerdo a los términos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

Así, una vez abordada las nociones sobre la carga dinámica de las pruebas y descritas las características propias de ésta, se procederá a analizar las nociones generales establecidas respecto a los contratos bancarios, ello a los fines de analizar las obligaciones de las partes en los acuerdos celebrados entre las instituciones bancarias y los usuarios que acceden a este sistema financiero.

Así las cosas, a los fines de comprender las características y las diferentes tipologías de contratación mercantil que acoge la Legislación Venezolana; resulta menester identificar qué tipo de operación se encuentra realizando la Institución bancaria. Ahora bien, en relación a las operaciones bancarias, éstas tradicionalmente han sido agrupadas en: i) operaciones activas, ii) operaciones pasivas y iii) operaciones neutras; dependiendo de la cualidad crediticia tomada por el banco; es decir, si éste se encuentra dentro de la

relación jurídica con el carácter de acreedor, de deudor, o bien no desempeña cualidad crediticia alguna, bastando la simple prestación de un servicio.

En este orden de ideas, específicamente en la legislación venezolana, el Código de Comercio, concatenado con la Ley de Instituciones del Sector Bancario, contemplan una serie de figuras contractuales sobre las cuales habrán de regirse dichas instituciones en la realización de sus actividades comerciales, dentro de las cuales se desenvuelven las relaciones jurídicas llevadas a cabo entre la institución bancaria y los particulares que acuden a dicho sistema financiero.

Giraldi, citado por Rodríguez (2009, p.157) define a los contratos bancarios como “el acuerdo de voluntades destinado a reglarlos derechos nacidos de una relación cuyo objeto es la operación bancaria” en la que surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria a la cual se refiere.

En este orden de ideas, los contratos bancarios poseen principios generales que le son aplicables a los mismos, por lo que éstos se encuentran presentes en todas las contrataciones, de igual forma, dentro de los tipos de contratos más empleados se encuentran el crédito dentro de sus distintas tipificaciones, tales como el crédito y los préstamos en sus diferentes modalidades, los cuales, a los fines prácticos serán abordados de manera genérica, toda vez que no constituyen directamente el objeto del presente estudio.

El crédito se podría catalogar como la operación activa por excelencia realizada por las instituciones bancarias, éste encuentra su definición legal

en el artículo 58 numeral 1 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual a la letra reza:

Artículo 58: A los efectos de la presente ley se consideran como... 1. Crédito: todas aquellas operaciones con moneda nacional que comprenden el arrendamiento financiero, descuento de facturas, préstamo, cartas de crédito, descuentos, anticipos, reportos, garantías y cualesquiera otras modalidades de financiamiento u operaciones activas realizadas por las instituciones bancarias,

Así las cosas, el crédito puede definirse como toda aquella operación activa realizada con moneda nacional, dirigida a la obtención de fondos por parte de la captación que la institución bancaria realiza como órgano de intermediación financiera, con el objeto de proceder a la distribución o colocación de los ahorros recibidos.

A tenor de lo establecido en el artículo 58 numeral 1 de la Ley de Instituciones del sector bancario, las características más relevantes del crédito bancario son las siguientes:

- Constituyen operaciones activas: Asumiendo la entidad bancaria una posición de acreedor en la relación jurídica, y, en consecuencia se encontrará facultado para acudir a la vía jurisdiccional en el supuesto incumplimiento por parte del cliente.
- Es realizado en moneda nacional: En relación a este aspecto, cabe destacar que las operaciones en moneda extranjera están permitidos, siempre y cuando sea reflejada en dicha operación su equivalente en moneda nacional.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 60 numeral 1 *eiusdem*, dentro de los tipos de crédito más importantes destacan los siguientes:

- Préstamo

- Cartas de crédito
- Arrendamiento financiero
- Descuento de facturas
- Descuentos
- Anticipos
- Reportos

A su vez, según el autor Zambrano, Freddy (p.203, 2007), el préstamo “*Es un contrato por el cual una persona entrega a otra una suma de dinero con cargo de restituirle la suma prestada más los intereses en el plazo estipulado*”. Cabe destacar que en este tipo de contratos se transmite la propiedad de la cosa dada en préstamo, la cual no necesariamente debe ser dinero, sino también cualquier bien mueble de carácter fungible; ello a los fines de que sea restituida la cantidad otorgada en préstamo más los intereses originados con ocasión a la celebración de dicho contrato.

Este tipo de crédito se encuentra consagrado en el artículo 527 y siguientes del Código de Comercio, en cuyo instrumento normativo se refleja expresamente que para que un préstamo pueda ser reputado como mercantil, deben concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Que alguna de las partes contratantes sea comerciante
- b) Que los bienes dados en préstamo sean destinadas a la realización de actos de comercio (artículo 527 del Código de Comercio).

Así las cosas, de la norma anteriormente señalada se evidencia que no basta la simple entrega de una suma de dinero o cualquier otro bien mueble fungible para que éste contrato sea considerado como mercantil, sino que alguna de las partes (sea éste el prestamista o el prestatario) sea comerciante, y que los bienes prestados hayan sido solicitados con el fin de

la realización de un acto de comercio (verbigracia: microcrédito empresarial otorgado para la adquisición de materia prima).

Tras la definición doctrinal y legal abordada anteriormente, y de conformidad con lo señalado por el autor Zambrano, Freddy (2007, p. 204) dentro de las características propias del contrato de préstamo mercantil destacan las siguientes:

- Es un contrato real: toda vez que por encontrar su fundamento principal en el mutuo o préstamo civil, el contrato sólo se perfeccionará con la entrega de las cantidades de dinero u otros bienes muebles dados en préstamo; en virtud que, en el supuesto incumplimiento de ésta obligación no haría exigible de forma alguna la reclamación por cumplimiento de contrato, pues no existe evidencia alguna de la transmisión de propiedad por parte del prestamista al prestatario.
- Unilateral: Según Zambrano, Freddy (p. 204, 2007); en este tipo de contrato mercantil el prestamista solo se obliga a la entrega de la cantidad de dinero al prestatario. No obstante, se difiere del criterio sostenido por el mencionado autor; ya que; si bien es cierto que en principio el prestamista, en este caso el banco, se encuentra obligado a entregar las cantidades de dinero al prestatario, no es menos cierto que el prestatario se encuentra obligado a restituir el bien dado en préstamo más los intereses originados con la celebración de dicho contrato.
- Conmutativo; en razón a que desde el mismo momento de la celebración del contrato, ambas partes están conscientes de las

prestaciones a las cuales se obligaron, lo cual afianza el criterio de bilateralidad del contrato señalado *ut supra*.

- Oneroso: Puesto que persigue un fin lucrativo, propio de toda relación mercantil.
- Genera intereses de pleno derecho: Toda vez que para exonerar el cobro de intereses deberá ser acordado de forma expresa en el documento que refleje la celebración del contrato. De igual forma, en el supuesto de que la duración del contrato de préstamo se haya celebrado de forma indeterminada, no podrá exigirse el pago tanto del capital como de los intereses con 30 días de anticipación.
- Generalmente de tracto Sucesivo: En virtud de que las prestaciones derivadas por el pago del préstamo se realizan de forma periódica.

Siguiendo el criterio sostenido en relación a la bilateralidad del contrato de préstamo mercantil, en el referido tipo de crédito se generan obligaciones para ambas partes, en primer lugar el prestamista (banco) se encuentra obligado a la entrega de la cantidad de dinero, así como de recibir el pago ofrecido por el prestatario. Por otra parte, el prestatario a su vez se encontrará obligado a restituir la cantidad de bienes dados en préstamo más el pago de los intereses ocasionados por la celebración del contrato de préstamo.

En este sentido, dentro de las modalidades de préstamo más comunes se destacan:

- Préstamos comerciales: los cuales son otorgados bien a personas naturales o jurídicas con ocasión a la actividad mercantil que desarrollan.

- Préstamos Agropecuarios: Son otorgados a los fines de dedicar los fondos dados en préstamo a la explotación agropecuaria, ello en virtud de la función social a la que se dedican.
- Préstamos al constructor: Éstos constituyen un préstamo atípico, toda vez que, a diferencia de la línea de crédito, el banco desembolsa parte de la cantidad otorgada al prestatario siempre y cuando éste consigne los medios que comprueben el avance de la obra a ejecutar, ello mediante valuaciones.

2.13. Sigilo Bancario

El sigilo o secreto bancario se destaca principalmente por ser un deber que tienen los trabajadores de las entidades bancarias para con sus clientes, puesto que su objetivo es el de resguardar la privacidad de las gestiones que ejecutan los operadores del banco siempre y cuando la información que no está siendo suministrada no pueda obtenerse por ningún otro medio que no sea por el banco.

Según Morles (2011) existen diversas teorías que intentan respaldar la existencia del sigilo bancario, entre las cuales se encuentra: (i) la teoría de la praxis o del uso y la costumbre, (II) la teoría contractual, (III) la teoría extracontractual, (vi) la teoría del interés público económico y del interés privado, (v) la teoría del secreto comercial, (vi) la teoría de los derechos personalísimos y (VII) la teoría del secreto profesional.

En cuanto a la primera de las teorías se da a conocer que la confidencialidad nace como una práctica diaria por parte de la actividad bancaria, que tiene como punto de partida la confianza del cliente; con

respecto a la segunda, se establece que ésta debe ser expresa y encontrarse de manera implícita en un documento para que de ese modo se logren evitar conflictos futuros, siendo así el sigilo bancario un deber accesorio al deber principal del objeto del contrato o una cláusula que obligará al operador bancario a visualizar la discreción sobre la cuenta del cliente y de sus operaciones, siendo la tercera teoría lo contrario a la misma.

La cuarta teoría tiene por finalidad es la protección de los intereses tanto del Estado como de los particulares, lo que la diferencia de la quinta es que esta formaría es una ampliación en la protección de la actividad comercial pero no para tutelar los intereses como tal, sino para lograr amparar el secreto comercial.

Con relación a la teoría de los derechos personalísimos y del secreto profesional, la primera se refiere a que quien tenía la carga de mantener discreción con referencia al sigilo bancario sería el cliente como un derecho en calidad de su persona, mientras que la segunda quien tiene el deber es el banquero como profesional, en donde es esta última por la cual se inclina la mayoría de los juristas por ser considerada una norma impuesta en la cual se sustenta la economía actual.

En tal virtud, a pesar de lo comentado este deber no tiene un carácter totalmente absoluto, en vista de que son restrictivos los datos que no pueden darse a conocer, todo dependiendo de las consecuencias a las que podrían atenerse tanto los operadores bancarios, como sus clientes e inclusive los terceros que pudieran estar vinculados.

Entre los datos que la doctrina ha excluido del secreto bancario se encuentran:

1. Lo que se pueda obtener igualmente por otras fuentes al alcance de todas las personas, es decir, la información que tienen tanto los trabajadores del banco como cualquier otra persona natural o jurídica.

2. En cuanto a suministrar información confidencial que los bancos acostumbran sobre la experiencia comercial que han tenido con sus clientes y que incluye de alguna forma el monto del crédito que se les ha llegado a conceder. Este punto es solo permitido en ciertas ocasiones, cuando por ejemplo se tiene la necesidad de darle a conocer al cliente cuales son las bases por las cuales se van a regir en para la prestación del crédito.

3. La información que legalmente se esté obligada a suministrar a los funcionarios.

4. La información negativa legítimamente obtenida, entendiéndose esto, como aquellos datos ofrecidos por las entidades bancarias que pone en descubierto el mal manejo por parte de alguno de los clientes sobre los servicios que les fueron prestados, con la finalidad de prevenir una vinculación con el resto de los partícipes que los pueda perjudicar.

Es necesario profundizar en cuanto al último aspecto en vista de que existe una diversidad de criterios que se excluyen entre sí en cuanto al mismo, puesto que se logra observar que profesionales del derecho han entablado que dar a conocer datos que perjudican a algún sujeto lo dejarían en plena evidencia en relación a sus datos esenciales, de una manera tal

que el resultado podría ser una verdadera intromisión en su privacidad conllevando a generar efectos descalificantes en su persona.

Pero tal cual se logran observar doctrinarios que lo identifican como un aspecto negativo, existen otros que determinan que realmente no se perjudicaría a la persona por el hecho de que existe el denominado "habeas data" concedido como el derecho que permite actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre el cliente tanto en los bancos de datos como en los archivos públicos y privados, es decir, que a la persona en caso de que se le vea alterado algún aspecto relevante de sus estados éste podría solicitar la modificación pertinente sin entonces ocasionarle ningún gravamen, siendo este el último criterio que se ha acogido en la actualidad.

En Venezuela, actualmente se encuentra vigente el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la Gaceta Oficial No. 40.557 del ocho (08) de diciembre de 2014, que contiene disposiciones que se encargan de regular lo relativo al sigilo bancario, a saber:

Se encuentra el artículo 86 que dispone:

"está prohibido a las instituciones bancarias, así como a sus directores o directoras y trabajadores o trabajadoras, suministrar a terceros cualquier información sobre las operaciones pasivas y activas con sus usuarios y usuarias, a menos que medie autorización escrita entre éstos o se trate de los supuestos recogidos en el artículo 87 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley",

Dicho artículo se concatena con lo previsto en el artículo 90 eiusdem, que también se pronuncia sobre que la prohibición no es absoluta, puesto que da a conocer ciertas excepciones en cuanto a la información de los

antecedentes financieros personales de los usuarios o de cualquier otra persona natural o jurídica.

Sin embargo, el artículo 87 prevé una excepción a la regla del sigilo bancario disponiendo lo siguiente:

“El secreto bancario no rige cuando la información sea requerida para fines oficiales por:

1. El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, los Magistrados o Magistradas Presidentes o Presidentas de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, el Ministro o Ministra del área financiera, el Fiscal o la Fiscal General de la República, el Defensor o Defensora del Pueblo, el Procurador o Procuradora General de la República, el Contralor o Contralora General de la República, el Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, el Presidente o Presidenta del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, el Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela, el Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, el Superintendente o Superintendente del mercado de valores y el Superintendente o Superintendente del sector seguros.

2. El Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para Interior y Justicia, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para la Defensa, los Órganos del Poder Judicial, Decreto N° 1.402 No. Gaceta Oficial 6.154 Extraordinario de fecha 19/11/2014 la administración aduanera y tributaria, y la autoridad administrativa con competencia en materia cambiaria, según las Leyes.

3. Los jueces o juezas y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el usuario y usuaria de la institución del sector bancario a quien se contrae la solicitud.

4. La Fiscalía General de la República, en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado.

5. El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

6. Los organismos competentes del gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo y la legitimación de capitales.

7. El Presidente o Presidenta de una Comisión Investigadora de la Asamblea Nacional, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público. Los receptores o receptoras de la información a que se refiere el presente artículo, deberán utilizarla sólo a los fines para los cuales fue solicitada, y responderán de conformidad con las Leyes por el incumplimiento de lo aquí establecido.

Salvo los casos previamente descritos en el artículo 87 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, la vulneración al secreto bancario se encuentra tipificado como un delito denominado "revelación de información" cuando por ejemplo se fuerza su incumplimiento, pudiéndose observar claramente en el artículo 222 de la ley que señala que "las personas naturales identificadas en el artículo 184 de esta Ley o los empleados de la institución del sector bancario, que en beneficio propio o de un tercero utilicen, modifiquen, revelen, difundan, destruyan, alteren o inutilicen datos reservados de carácter confidencial que se hallen registrados en medios escritos, magnéticos o electrónicos, serán penados con prisión de ocho a diez años".

3. Sistema De Categorías

3.1. Definición Nominal

Carga Dinámica de la Prueba en materia de contratación Bancaria.

3.2. Definición Conceptual

Se puede definir a la carga dinámica de la prueba como aquella mediante la cual deberá probar quien se encuentre en mejores condiciones para realizarlo.

Por otra parte, los contratos bancarios se pueden definir como aquél acuerdo de voluntad mediante la cual interviene una institución bancaria, adoptando ésta una posición pasiva (débitos) o activa (créditos).

CUADRO I: Matriz De Análisis

Fuente: (Vílchez, 2016)

OBJETIVO GENERAL: Analizar la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia de contratación bancaria en Venezuela			
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	UNIDAD DE ANÁLISIS
Identificar el Derecho Adjetivo en los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales.	Carga Dinámica de la Prueba en materia de Contratación Bancaria	- Derecho Adjetivo Aplicable en materia Mercantil	- Legislación Nacional y extranjera en materia mercantil
Analizar el sigilo bancario como limitante para la promoción de medios probatorios relacionados con las contrataciones celebradas entre éstos y las instituciones bancarias.		- Sigilo Bancario	- Carga Probatoria - Prueba. - Medios Probatorios
Determinar la distribución de la carga de la prueba en materia de contratos bancarios.		- Distribución de la carga probatoria	- Carga Probatoria - Prueba - Medios Probatorios